

Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual.

(A propósito de alguna jurisprudencia reciente)

ANTONIA NIETO ALONSO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

Con este estudio se trata de destacar la relevancia actual de la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual, para evitar la falta de respuesta jurídica a tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al socaire de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales. Se realiza un recorrido por diferentes tipos contractuales respecto de los cuales la jurisprudencia, de forma reiterada y sin fisuras, ha estimado la indemnización del daño no patrimonial.

SUMARIO: I. *Proemio.*—II. *Los daños morales derivados de los vicios, defectos y ruina de edificios.*—III. *La reparación del daño moral por «pérdida indebida de oportunidad procesal» —de la defensa— o privación del derecho a la tutela judicial efectiva.*—IV. *El contrato de asistencia médica o de servicios médicos y la reparación de los daños morales.*—V. *El derecho del consumidor a la reparación del daño moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado.*—VI. *Daños morales derivados del incumplimiento de los deberes conyugales —¿contractuales?— inherentes a un contrato tan peculiar como el matrimonio.*—VII. *Otros supuestos relevantes de reparación de daño moral por incumplimiento o defectuoso cumplimiento en diversos tipos de contratos:* 1. *El daño moral en el contrato de arrendamiento.* 2. *Daños morales derivados del contrato de compraventa.* 3. *Daños morales resultantes de la contravención por la compañía telefónica de un contrato de publicidad.* 4. *Contratos bancarios: «contrato de cambio de moneda». Indemnización por daños morales como consecuencia de la entrega de billetes falsos.*

I. PROEMIO

En orden al daño moral las sentencias del Tribunal Supremo han reconocido que constituye una noción dificultosa [STS de 22 de mayo de 1995 (RJA 1995/4089)], relativa e imprecisa [SSTS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8970) y 5 de octubre de 1998 (RJ 1998/8367)]. Incluso lo han calificado como «vaporoso y discutible daño» [STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242)]. Y han admitido que iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual [SSTS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403), 27 de julio de 1994 (RJ 1994/6787), 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8097), 14 de mayo de 1999 (RJ 1999/3106) y 12 de julio de 1999 (RJ 1999/4770), 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089), entre otras], adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y a los ataques a los derechos de la personalidad.

Se define el daño moral por importantes voces doctrinales desde un punto de vista negativo, por oposición al daño patrimonial, como «aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio»¹. Sin embargo, Álvarez Vigaray² reprocha a esta definición el inconveniente de que el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado no implica que sea de igual naturaleza el daño que se produzca, y así, la lesión de un derecho no patrimonial puede llevar consigo que se produzcan daños patrimoniales, como ocurre, por ejemplo, en las lesiones a la salud e integridad física que impidan a la víctima que efectúe su trabajo y actividades habituales³.

¹ MAZEAUD-TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, 1957, t. I, pp. 268 y 337.

² Cfr. el interesante estudio, en relación con estas cuestiones, de ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 81 ss.

³ En este sentido, la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242) estima los daños morales, en un caso de responsabilidad extracontractual, y la responsabilidad de la propietaria de un hotel motivada por la caída desde una terraza del hotel del perjudicado que le produce lesiones que lo dejan postrado en silla de ruedas y con necesidad de auxilio de por vida de una tercera persona.

Y la sentencia con la que se ha iniciado la tesis favorable a la reparación del daño moral contractual —a la que me referiré en su momento—, STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403) en la que se condena a la compañía telefónica a indemnizar los daños morales derivados de un contrato de publicidad celebrado con la compañía como consecuencia de haberse omitido en la guía telefónica la inserción en letra negrilla del nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono del actor, que tiene traducción económica o patrimonial, por ejemplo, en la minoración de la clientela —cfr. sexto considerando—.

Ha sido la jurisprudencia casacional civil la que ha ido elaborando una doctrina continuada y progresiva sobre la procedencia de indemnizar los daños morales ya desde la antigua STS de 6 de diciembre de 1912 [*Jurisprudencia Civil*, 1912, núm. 95 (Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Bermejo)], fallo que hizo época –cfr. también STS de 9 de diciembre de 1949 (RJ 1949/1463)–, y que constituye la base de toda la doctrina posterior en la admisión de la reparación del daño moral. Veamos el caso que se plantea: en noticia publicada por el periódico *El Liberal* se da cuenta en primera plana y con gran alarde tipográfico de la noticia de la pretendida fuga del fraile capuchino Fray Fulgencio Novelda con la joven de 15 años María Josefa Mussó Garrigues, de la que había tenido «escandalosa» sucesión tres meses antes. Resultando falsa la noticia y pese a desmentirla *El Liberal*, de modo espontáneo y a grandes titulares, el padre de la ofendida, que era a la sazón Alcalde de Totana, demanda al director del periódico y a la entidad editora, solicitando una cantidad no menor de 150.000 pesetas como indemnización por los daños y perjuicios causados al honor y buena fama de su hija. Se acude por el Tribunal a las «reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal» y busca apoyo en el criterio «tan sabiamente manifestado» en la Ley 21, título 9.º, Partida 7.ª: «... cualquier que reciba tuerto, o deshonra, que pueda demandar emienda della...» –2.º Considerando–, se hace referencia a «perjuicios evidentes de orden moral, social y hasta material, pues el honor de una doncella ha de conservarse inmaculado para aspirar al matrimonio» –5.º Resultando–⁴.

Por otra parte, la función de la reparación del daño moral la explica, con claridad, la STS de 9 de diciembre de 2003 (RJ 2003/8643) al señalar que «... no es un medio de reparación patrimonial, sino un modo de contribuir a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro» –cfr. FD segundo–⁵.

Adviértase que aunque nuestro Código Civil no contemple la indemnización por daños morales, su artículo 1107 impone el resarcimiento de «todos» los daños, de donde podría inferirse también la del daño moral –cfr. STS 9 de diciembre de 2003

⁴ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., «Los llamados derechos de la personalidad», *Anuario de Derecho Civil*, t. XII, 1959, pp. 1268-1275.

⁵ En el caso de autos se indemnizaron los daños morales por la zozobra y desasosiego de un alumno y sus padres por la expulsión de aquél de un colegio. Se trataba de un alumno de BUP y se consideró que se había producido descrédito de la imagen social por sospecha de consumo de drogas en el centro. Se indemnizaron dichos daños por la falta de información del instructor y de los cargos imputados, de audiencia y de pruebas sobre los hechos determinantes de la expulsión.

(RJ 2003/8643) y SAP-Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994)⁶-. Y, como admite la doctrina, por ejemplo Lacruz Berdejo, el artículo 1106 CC no excluye la indemnización del daño moral, con independencia de las consecuencias patrimoniales que deriven del mismo incumplimiento⁷. En otro orden de consideraciones, ya se ha señalado que iniciada la indemnización del daño moral en el campo de la culpa extracontractual, se amplió luego al ámbito contractual –cfr. FD segundo STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089)–. Pues bien, en el ámbito extracontractual se fundamentó normativamente la indemnización del daño moral en el artículo 1902 CC, como ha ocurrido en la paradigmática STS de 6 de diciembre de 1912, ya citada. En ese sentido la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721) reconoce que «... los supuestos

⁶ En este sentido, la STS de 27 de julio de 1994 (RJ 1994/6787) reconoce que: «Si bien el Código Civil no contiene referencia normativa alguna respecto a los daños morales, salvo la genérica y que no conviene marginar, del párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil, al imponer el resarcimiento de “todos”, es la jurisprudencia a la que corresponde ir completando el vacío legal...» –cfr. FD tercero–. Con este criterio, la STS de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999/660) reconoce que la reparación del daño moral «no está huérfana de amparo legal, ya que el artículo 1107 del Código Civil se refiere a todos los daños...». Cfr., también, SSTS de 9 de diciembre de 1949 (RJ 1949/1463) y 3 de junio de 1991 (RJ 1991/4407). Y como declara la STS de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999/660): «Los daños morales proceden cuando se da causación voluntaria y el restablecimiento económico no resulta suficientemente cumplido con la indemnización de los materiales, al afectar a parcelas íntimas del ser humano, como son sus sentimientos y propia estima, afectados por el sufrimiento, desasosiego e intranquilidad derivados de la situación creada y que se les impone, *la que no está huérfana de amparo legal, ya que el artículo 1107 del Código Civil se refiere a todos los daños...*» (la cursiva es mía) –cfr. FD tercero–.

Delante a la reticencia del legislador español a plasmar en el Código Civil la reparación del daño moral, veamos lo que ocurre en otros Ordenamientos: el CC francés, artículo 266.1, se refiere a la reparación del perjuicio moral; de reparación moral hablan los artículos: 47, 49 y el artículo 151.2 del CC suizo; el CC portugués prevé, en su artículo 496, la reparación de los daños no patrimoniales, ya como principio general, en el citado artículo, cuando dispone que en la fijación de la indemnización debe atenderse a los daños no patrimoniales que, por su gravedad, merezcan tutela del derecho ya, en concreto, al regular los efectos del divorcio, artículo 1792; el BGB, § 826, ha reconocido el derecho a ser indemnizado por causación dolosa de daños contra *bonos mores*, daños que atenten contra las buenas costumbres. La Ley núm. 59: Código Civil de la República de Cuba, en su artículo 83 al determinar el contenido de la responsabilidad civil, incluye «la reparación del daño moral», además de la restitución del bien; la reparación del daño material; y la indemnización del perjuicio. Si bien sólo se refiere a un tipo concreto de daño moral que podría ser el que afecta al honor o a la imagen, ya que el artículo 88 dispone que: «La reparación del daño moral comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor».

⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II*, vol. Primero –edición revisada por Rivero Hernández, F.–, Dykinson, Madrid, 2000, p. 209.

Para CARRASCO PERERA, A. –en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, EDESA, Madrid, 1989, pp. 699-703–, en nuestro Derecho no se puede deducir del artículo 1106 CC una prohibición de indemnización del daño no patrimonial. En cualquier caso, opina que no es en el artículo 1106 CC donde se debe localizar la cuestión, sino en el artículo 1107 CC, de tal manera que «la indemnizabilidad del daño moral está en función de que se satisfaga en el caso el test del artículo 1107 CC». Así, no será indemnizable el daño no patrimonial que no es consecuencia inmediata del incumplimiento y, si el deudor no está en dolo, siempre que al deudor no le fuere exigible prever semejante daño.

que comportan la aplicación del artículo 1902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral» –cfr. FD sexto⁸-. Aclara el profesor Albaladejo⁹, al estudiar la compensación del daño moral, que tal compensación en vez de reparación no se recoge ni en la letra ni en el espíritu del artículo 1902 CC (que sólo obliga a «reparar el daño causado»), si bien entiende que se apoya en los principios generales del derecho, en cuanto cabe pensar que se fundamenta en la idea de justicia que inspira dicho artículo. Y ya que hablamos de reparación, a mi juicio el daño moral es susceptible de ser reparado específicamente, por ejemplo, mediante una rectificación de una información deshonrosa y también, y es muy habitual, mediante una reparación pecuniaria¹⁰.

A mayor abundamiento, el artículo 1101 CC que proporciona al acreedor una acción para ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato le ha causado –responsabilidad contractual– se refiere *in genere*, a la «indemnización de daños y perjuicios», por lo que, en principio, no deberían excluirse los daños morales. Por lo menos eso parece inferirse de la reciente STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005/2614) –que se analizará en un apartado de este estudio– destaca que esa Sala –Civil– «parte del incumplimiento contractual y la responsabilidad que se deriva

⁸ Si bien en esta sentencia del Tribunal Supremo el meritado precepto no se aplicó al caso enjuiciado al no apreciarse conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la demandada, por lo tanto no se indemnizaron los daños morales, sin embargo, sí se acudió como referente a esta sentencia y al artículo 1902 CC, para estimar los daños morales en la SAP-Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994) –cfr. FD duodécimo–. Advierto que a estos fallos jurisprudenciales me referiré al tratar el daño moral derivado del incumplimiento de los deberes dimanantes del «contrato» de matrimonio.

Como ha declarado la STS de 25 de junio de 1984 (RJ 1986/1145), al referirse al daño moral: «Aunque dicha figura no se encuentre específicamente nominada en el Código Civil, tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo “reparar el daño causado” que emplea en su artículo 1902...» –cfr. séptimo considerando–.

⁹ Vid., ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1997, p. 534.

¹⁰ En relación con la reparación específica, destaco el intento del periódico «El Liberal» que, al haber publicado falsas noticias, intentó reparar ese mal desmintiendo la noticia de modo espontáneo y a grandes titulares: «bajo el epígrafe, también en gruesos caracteres: “una falsedad”...». Así resulta de la sentencia que inició el camino hacia la reparación del daño moral y, sin duda, la más conocida y popular, como resulta de cualquier buen libro de texto que trate de la indemnización del daño moral, me refiero a la STS de 6 de diciembre de 1912 (*Jurisprudencia Civil* 1912, núm. 95). Se refiere a la rectificación el resultando tercero.

Por otra parte, en la SAP-Badajoz de 24 de enero de 1997 (AC 1997/28) se ha llegado a obligar al demandado a la publicación de la sentencia como una forma de indemnizar al demandante por los perjuicios morales causados por una publicidad engañosa. Así, en el FD noveno estima que: «La existencia de un perjuicio inmaterial obliga a acoger también la acción de resarcimiento, la cual se concretará en la publicación de esta sentencia de segunda instancia, en el diario *Hoy*, con igual formato de página, a costa de los demandados».

(art. 1101 CC) *que comprende la indemnización por los daños morales*» (la cursiva es mía) –cfr. FD quinto–.

Con posterioridad al Código Civil, el legislador penal de 1973 ha tomado posición abiertamente en torno a la procedencia de la reparación del daño moral, admitiéndola expresamente en el artículo 104. En el nuevo Código Penal de 1995, con casi idéntica redacción, el artículo 113 –título V: de la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales– dispone que: «La indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros»¹¹. Obsérvese que con arreglo a esta norma, es indudable que procede la indemnización del daño moral causado por el delito o la falta, sin necesidad de que a consecuencia del daño moral se hayan producido daños patrimoniales¹².

En cuanto a la protección constitucional del daño moral, Reglero Campos diferencia entre los distintos tipos de daños: los daños biológicos o psicofísicos (incluyendo los daños morales), y los daños materiales y/o patrimoniales. Así lo hace la STC 181/2000, de 29 de junio (RTC 2000/181), que en relación a los criterios que han de seguirse para establecer la compensación, sin entrar en detalles, sólo exige que las pautas indemnizatorias garanticen una indemnización suficiente, en el sentido de respetuosa con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE), y que atienda a

¹¹ Este artículo 113 CP desarrolla el apartado 3.º del artículo 110 CP que dispone que la responsabilidad establecida en el artículo anterior –que se refiere a la extensión de la responsabilidad civil– comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales. Este artículo 110 CP mantiene sustancialmente el texto del artículo 101 ACP, con la sola salvedad de que el número 3 especifica que la indemnización de perjuicios alcanza a los *materiales y morales*, y el 101 ACP se refería, en el núm. 3, *in genere*, a la «indemnización de perjuicios».

Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. y VALLE MUÑOZ, J. M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 549-569.

¹² En efecto, GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción civil de delito», *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp.199-204, declara que condicionar la resarcibilidad del daño moral a su repercusión sobre el patrimonio equivale a limitar el resarcimiento al daño material o patrimonial.

La STS (Penal) de 18 de febrero de 2003 (RJ 2003/7168) ha reconocido, en un supuesto de lesiones, que: «Nunca es tarea sencilla determinar el *quantum* de las indemnizaciones por los daños y perjuicios derivados de los hechos delictivos, especialmente cuando de los daños morales se trata...» –cfr. FD séptimo–. Aclara la STS (Sala de lo Militar) de 27 de octubre de 2004 (RJ 2005/1152) en un supuesto de abuso de autoridad por evidente vejación que sufrió un guardia civil por la acción de un teniente, y al apreciarse que dicho superior trata al inferior de manera degradante e inhumana, se indemniza el daño moral. Sentencia que se remite a la STS (Sala II) de 5 de marzo de 1991 (RJ 1991/1908) para declarar que «la determinación del daño moral ha de ser establecida mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva». También se indemnizó el daño moral en un supuesto de delito de agresión sexual a niña de 10 años de edad en la STS (Penal) de 25 de febrero de 2005 (RJ 2005/3400).

la integridad –según la expresión literal del art. 15 CE– de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas –cfr. fundamento jurídico 9¹³–.

Sí se ocupa de la cuestión la LO 1/1982, de 5 de mayo, Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que desarrolla el artículo 18.1 CE, Ley Orgánica que en su artículo 9.3 preceptúa que: «La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida...».

También el legislador ha previsto expresamente la indemnización del daño moral en el artículo 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que con la rúbrica *Indemnización* dispone en su párrafo segundo que: «En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra»¹⁴.

¹³ También sigue esta misma doctrina la STC 134/2003, de 30 de junio (RTC 2003/134). En consecuencia, sería inconstitucional una norma que previendo la indemnizabilidad de este tipo de daños, la limitara a cuantías irrisorias o manifiestamente insuficientes.

Vid., REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 94-97.

¹⁴ Destaco algunos pronunciamientos jurisprudenciales: en la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8098), se indemnizan los daños y perjuicios materiales y morales, con fundamento en la actuación de la entidad demandada –Excmo. Ayuntamiento de Arcos de la Frontera– que editó y distribuyó unos folletos sobre la localidad de Arcos de la Frontera que transcriben parte del trabajo realizado por el actor en tres guías turísticas de esta ciudad monumental. En la STS de 1 de febrero de 2005 (RJ 2005/1749), se indemnizan, además de los daños y perjuicios materiales, los daños morales en un caso de contrato de edición, por falta de reconocimiento de la paternidad de la obra. También se han indemnizado daños morales en un caso de plagio en la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8098).

En el campo del Derecho de marcas, la STS de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999/660) reconoce, en relación con la reparación de daños morales, que si bien la Ley de Marcas –Ley 17/2001 [*vid.*, art. 41.1 b)]– no la contempla, tampoco la prohíbe expresamente. En el caso enjuiciado, la recurrente doña Antonia M. P., con el nombre artístico «Antoñita de Linares» ha venido a resultar afectada en su actividad artística-comercial y sobre todo en su prestigio y sensibilidad de artista, al comprobar que su nombre, ganado con un trabajo continuado y que gozó del favor del público, reconocedor de sus condiciones de intérprete de la canción española, se vio utilizado a sus espaldas en una propaganda muy poco elogiosa de sus méritos y que más bien se aprovecha de su fama, dando una versión que se acerca a lo grotesco y ridículo. Todo esto ocasionado porque la RENFE, en concierto con la compañía mercantil «El Viso Publicidad, S. A.» (partes demandadas), había llevado a cabo, un verano, una campaña de promoción de la denominada Tarjeta Joven, para fomentar el viaje por ferrocarril, utilizando a uno de sus protagonistas publicitarios con el nombre «Antoñita Linares», sin haber obtenido consentimiento ni autorización alguna de la recurrente –cfr. FFD segundo y tercero y comentario a esta sentencia por CURTO POLO, M., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 50, 1999, núm. 1375, en particular, *vid.*, pp. 882 y 883.

Adviértase que también se ha interpretado el artículo 18.5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en el sentido de incluir el resarcimiento del daño moral –cfr.

Por otra parte, el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, si bien, en una primera redacción no contempló la posibilidad de indemnizar el daño moral sí la ha admitido con posterioridad. En concreto destaco la modificación de la citada Ley por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que en su disposición adicional octava modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, que pasa a denominarse: «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», y que en el artículo 1.2 –modificado– dispone que «Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley»¹⁵.

VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 411; MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, com. artículos 18, pp. 546 y 547; MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 61, 2003, núm. 1653, pp. 261 y 262, y lo han ratificado los Tribunales, destaco la paradigmática SJPI-Villafranca del Penedés, de 20 de julio de 1999 (AC 1999/1216), que condena a «Freixenet, S. A.», a indemnizar a «Codorníu, S. A.», en concepto de daños patrimoniales y morales derivados de la competencia desleal. Cfr., también en este sentido SAP-Barcelona de 26 de enero de 2000 (AC 2000/688).

¹⁵ Anexo de esta Ley comprensivo del «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación». Este anexo, al que se alude, de modo simplificado, como «baremo» incluye seis tablas de valoración, entre ellas, y para lo que a este estudio importa, las que fijan la «indemnización básica», bien por muerte o bien por lesiones permanentes incluidos los daños morales (tablas I y III). Cfr. STC 181/2000, de 29 de junio (RTC 2000/181), en relación a una cuestión de inconstitucionalidad del apartado B) de la tabla V del anexo de la Ley 30/1995. Esta sentencia del Tribunal Constitucional estima en sus antecedentes –apartado 20– que: «La indemnización de daños morales difícilmente puede asociarse a la idea resarcitoria: se trata más bien de dar una compensación patrimonial por un daño no patrimonial, lo que justifica, si cabe más, un modelo como el del “Baremo” que pretende dar un tratamiento normativo igualitario». Cfr., en relación a estas cuestiones: la STC 134/2003, de 30 de junio (RTC 2003/134).

Obsérvese que son muchos los fallos jurisprudenciales en los que se acude analógicamente a los baremos establecidos por el citado anexo, aunque, como indica la SAP-Barcelona de 2 de marzo de 2005 (RJ 2005/117231), en un supuesto de responsabilidad de profesionales sanitarios: «La aplicación analógica del baremo existente para los accidentes de tráfico a la pretensión formulada debe realizarse con las lógicas cautelas, siempre con carácter orientativo y no de forma automática, y exige una adaptación al supuesto enjuiciado» –cfr. FD quinto–, adaptación que a criterio de la Sala no se produjo en el caso de autos. Sí se estimó oportuna la aplicación analógica del baremo en un supuesto, también de responsabilidad de profesionales sanitarios, se trata del caso resuelto por la SAP-Madrid de 30 de marzo de 2005 (AC 2005/390), en este caso, se declaró la responsabilidad de la clínica por el contagio de hepatitis C por la praxis hospitalaria durante un autotransplante, se admiten los daños personales o corporales, pues el contagio del virus de la hepatitis C le ha hecho desarrollar una hepatitis crónica de tipo C, que le produce astenia, cuyo pronóstico resulta incierto y que deberá ser tratado de forma indefinida. Y por otro lado, se reconoce la producción de unos innegables daños morales, pues resulta notoriamente evidente e

Tampoco se puede obviar que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio, dispone en su artículo 2.1, entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios y en el apartado c) «La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos» –sin distinguir ni especificar– y, a mayor abundamiento, en el elenco de cláusulas abusivas que ofrece la disposición adicional primera de la citada Ley y dentro del epígrafe general II: *Privación de derechos básicos del consumidor*, el núm. 10 se refiere a «la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato...»¹⁶.

Observemos ahora, puede ser útil, la posición mantenida por los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (*Principles of European Contract Law, PECL*) –también reconocidos como «Principios Lando»¹⁷–: que dedican el capítulo 9 a estudiar los *Remedios específicos en caso de incumplimiento* y disponen en el artículo 9:501: «(1) La parte perjudicada está facultada para reclamar la indemnización de daños y perjuicios por la pérdida que le hubiera causado el incumplimiento de la otra parte si ésta no se encuentra exonerada de acuerdo con el artículo 8:108. (2) La pérdida respecto a la cual se puede reclamar indemnización incluye: a) Pérdida no pecuniaria; y b) Pérdida futura que razonablemente

incuestionable el impacto emocional, la angustia, zozobra, inquietud, temor, ansiedad, impotencia e incertidumbre generados por el contagio y por el padecimiento de la enfermedad crónica –cfr. FD séptimo–.

En relación a los fallos, recientes, recaídos atinentes a estas cuestiones destaco los siguientes: la SAP-Tarragona de 11 de enero de 2005 (AC 2005/410), en la que procedió la indemnización de los daños morales por fallecimiento de una hija en accidente de circulación y se aplicaron las tablas de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; por su parte, la SAP-Castellón de 26 de enero de 2005 (JUR 2005/104721) indemniza el daño moral complementario por las secuelas totales, incluidas las de perjuicio estético. Se ponderan los daños morales «por no ser escasos los susceptibles de ser ocasionados por el perjuicio estético dada la afectación del sujeto afectado (*sic*) por el cambio que se produce en su percepción subjetiva de cómo es visto y valorado por los demás» –cfr. FD tercero–. En relación con las «reglas de utilización del perjuicio estético», cfr. las contenidas en el artículo 3 de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, Seguros Privados (modificación y adaptación a la normativa comunitaria de seguros privados). Además, se ha apreciado la culpa extracontractual y el daño moral derivados de accidentes de circulación, con aplicación consiguiente del artículo 1902 CC en: SSTS de 17 de abril de 1995 (RJ 1995/3393), 3 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8353), 24 de marzo de 1997 (RJ 1997/4323), 15 de marzo de 2001 (RJ 2001/5979), entre otras varias.

¹⁶ Obsérvese que la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242), si bien en un caso de daño moral derivado de culpa extracontractual, en el FD quinto trae a colación el artículo 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para justificar la indemnización del daño moral, como apoyo a la Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en esta materia.

¹⁷ Recuérdesse que los «Principios de Derecho Contractual Europeo (Parte I y II)» han sido presentados con los ilustres nombres de los profesores Ole Lando y Hugo Beale. Aun cuando con anterioridad los trabajos realizados por la *Comisión o Grupo de Trabajo* que presidió el profesor Lando habían recibido ya alguna difusión.

se prevea que puede ocurrir». Nótese que en todos los comentarios que acompañan al precepto se identifica esa «pérdida no pecuniaria» con el «dolor y sufrimiento, los inconvenientes y la aflicción psíquica que derivan del incumplimiento»¹⁸. De igual forma, con parecida *ratio*, se pronuncian los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales –conocidos como «Principios UNIDROIT»– que admiten la plena indemnización del daño que deriva del incumplimiento y al regular la *Reparación integral* señala en el artículo 7.4.2 (2) que «Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional»¹⁹.

En este trabajo estudio una perspectiva del daño moral, el que se produce como consecuencia del incumplimiento contractual. Como reconoce, al referirse a un caso de reparación del daño moral, la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089): «Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual..., adoptándose una orientación cada vez más amplia...» –cfr. FD segundo²⁰–.

¹⁸ Cfr. MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., en el comentario a la STS de 31 de octubre de 2002, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61/2003, pp. 257 y 258.

Vid., la obra de DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, que, al comentar el artículo 9:501 en lo relacionado con la denominada por el citado artículo «pérdida no pecuniaria» –pp. 372 y 373– reconocen que el incumplimiento contractual puede causar daños no sólo pecuniarios, sino también no pecuniarios o morales.

¹⁹ Cfr. http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles_1994/fulltext.pdf (fecha de consulta: 14 de julio de 2005). He consultado los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales –Roma 2001–. 2.ª impresión corregida y editada por el Instituto Internacional para la Unificación del derecho Privado (UNIDROIT). Al comentar el artículo 7.4.2, parágrafo 2, reconoce que dispone expresamente la reparación de daños no pecuniarios y aclara que puede tratarse de un dolor físico y sufrimiento emocional, la pérdida de ciertos placeres, el daño estético, etc., así como el daño ocasionado por ataques al honor o a la reputación. Además, se afirma que la reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y toca a los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación integral. Los tribunales no sólo pueden reclamar el pago de una compensación monetaria, sino también otras formas de reparación, tales como la publicación de un aviso o noticia en un periódico determinado (*v. gr.*, en el caso de violar la cláusula que prohíba la competencia o la reapertura de un negocio, la difamación, etc.).

²⁰ En el caso de autos se indemnizaron los daños morales debido al injustificado retraso de vuelo: «Y así, a la tensión, incertidumbre, incomodidad... inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo... hay que añadir el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano... y la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la compañía» –FD segundo–.

Más reticente a la indemnización del daño moral contractual se manifiesta la STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7447), daños morales «... cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa» –cfr. FD tercero–, aunque a la postre se indemnizasen los daños morales a una arrendataria de vivienda, como consecuencia del hundimiento de la techumbre de la vivienda arrendada, debido al trastorno y angustia ocasionados a la familia de los actores; pero se recurre a la responsabilidad extracontractual, al artículo 1902 CC, a pesar de que se está ante un contrato, el de arrendamiento.

La STS de 10 de julio de 2003 (RJ 2003/4622) admite la posible derivación de los daños morales tanto de la culpa extracontractual como de la contractual.

En relación con el daño moral y su aplicación a la esfera de la responsabilidad contractual, como reconoce Parra Lucán, su evolución ha sido más tímida; pero en la actualidad la mayoría de los autores no tiene inconveniente en admitir la indemnización de los daños morales contractuales²¹. Dice el profesor Castán «con razón», admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales²². Y Álvarez Vigaray al clasificar los daños morales distingue: según resulte o no del incumplimiento de un contrato, o en términos más amplios, de una obligación o relación jurídica preexistente, el daño moral es contractual o extracontractual²³.

Entiende Díez-Picazo que no hay, en línea de principio daño indemnizable por perturbaciones psicofísicas que una persona pueda experimentar como consecuencia de incumplimientos contractuales salvo en aquellos casos en que la prestación contractual comprometida por el incumplidor afectara a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor. Pienso que con esa salvedad tan amplia, a la postre admite el Profesor la indemnizabilidad del daño moral contractual²⁴.

Se define el daño moral contractual, esto es, el daño en el que la agresión a los bienes de la persona tiene lugar por el incumplimiento de una relación obligatoria, cuando sobreviene la inexecución de la obligación y es imputable al deudor la causa que determinó la imposibilidad prestacional, es lícito preguntarse si el resarcimiento que incumbe a dicho deudor deberá comprender tanto los daños materiales cuanto los daños morales, hasta el punto de que el acreedor deba ser indemnizado también por los quebrantos y afecciones que haya sufrido en sus bienes ideales (honor, fama, buen nombre, salud, tranquilidad de espíritu, equilibrio emocional, etc.)²⁵. Creo

²¹ Vid., PARRA LUCÁN, M.^a A., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5, núm. 136, p. 584.

²² Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, Reus, 1978, pp. 234-236. Por su parte DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1975 –al estudiar: «El daño contractual no patrimonial», pp. 173-181–, admite que puede hallarse tanto un daño contractual patrimonial o no patrimonial como un daño extracontractual patrimonial o no patrimonial.

²³ Vid., ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 86-90.

²⁴ Vid., Díez-Picazo, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 329.

Adviértase que Díez-Picazo, L. y Gullón, A., subrayan, en materia de daños indemnizables, el inicio de una línea jurisprudencial favorable a la indemnización del daño moral que pudiera producirse por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. Vid., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2003, p. 210.

²⁵ CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral contractual», *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 3 ss. Considera el autor que tal vez sea incluso más justo que tenga lugar la indemnización del daño moral contractual, por haber tenido el damnificado el cuidado de

que la respuesta es positiva porque tan agresivo puede ser para una persona un ataque a su patrimonio, por ejemplo, como el que afecte a aspectos de su persona, ajenos a ese ámbito patrimonial; pero, en cierto modo, relacionados por la conexión frecuente entre los distintos tipos de daños: uno moral puede incidir negativamente en la vida activa, de trabajo y rendimiento de una persona y viceversa.

Considero que puede resultar más adecuado reparar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual que reconocerlo en el campo de la responsabilidad extracontractual, para evitar así, como ha dicho la jurisprudencia, la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales. En este sentido se pronunció la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403), que, precisamente, es la que por primera vez acepta, de modo explícito, la tesis favorable a la reparación del daño moral derivado del contrato –y que se estudiará²⁶–.

Es más, a nadie le puede ser ajeno el mandato del artículo 1091 CC, que redundante en la importancia de sancionar en toda su extensión –incluyendo no solo a los daños patrimoniales sino también a los no patrimoniales o morales– el incumplimiento de las convenciones que, precisamente, las partes contratantes han tenido a bien celebrar. Adviértase la importancia de la norma citada en la STS de 6 de diciembre de 1968 (RJ 1968/5743) que en el primer considerando reconoce que «... una de las fuentes de las obligaciones y sin duda alguna la de mayor importancia es la que tiene su origen en la voluntad humana de los particulares, que para satisfacer sus necesidades recíprocas establecen pactos y condiciones, los cuales hay que respetar llevándolos a ejecución»²⁷. En este sentido la SAP-

celebrar una convención para asegurarse la satisfacción del propio interés extrapatrimonial, realizando, en la mayoría de los casos, una contraprestación de carácter pecuniario.

²⁶ En efecto, en el 5.º considerando de la primera sentencia se estima que «... la relatividad e imprecisión forzosa del daño moral... exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, si filosóficamente es tenido por imposible... jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio del *alterum non laedere* y con ello la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales...».

²⁷ Continúa afirmando esta sentencia, siguiendo el mandato del artículo 1091 CC, que el contrato tiene fuerza y eficacia legal desde el momento en que se otorgó con los requisitos esenciales, por imperio del principio de autonomía de la voluntad, pudiendo exigirse mutuamente los contratantes ciertos requisitos accidentales que se expresan en forma de pactos, siendo conformes al artículo 1255 CC, que hay que cumplir, por formar parte integrante del contrato, en la forma y manera en que fueron pactados (SSTS de 26 de septiembre de 1927 y 7 de mayo de 1965). Como declara LUNA SERRANO al comentar el

Valladolid de 29 de octubre de 2004 (JUR 2004/291314) advierte que la jurisprudencia del Tribunal Supremo proclama que el solo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación de indemnizar, lo que no excluye sin embargo la idea de que el incumplimiento no constituya *per se* un perjuicio o daño, una frustración en la economía o interés de la parte, material o moral, pues lo contrario, de entenderse en términos absolutos, equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que con ello sus vicisitudes y en concreto las contravenciones de las partes no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y sus consecuencias –cfr. FD segundo²⁸–.

Resulta necesario hacer una precisión y es que trasladando este argumento al ámbito del daño moral derivado del incumplimiento contractual la jurisprudencia se encarga de poner de relieve que aunque en materia de daño moral se tiende a evolucionar hacia concepciones amplias (como la del «placer frustrado» «ideeller schaden»), no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual, ni es subsumible, en principio, en la previsión general de evitar que «el contrato opere en el vacío». En este sentido se pronuncia la STS de 26 de julio de 2000 (RJ 2000/9177) –FD quinto– que aclara: sin embargo sí opera cuando se da una situación que revela por sí misma la singular afección (*res ipsa loquitur*)²⁹.

Clarificadoras, por evidentes que puedan parecer, resultan las consideraciones de Espiau Espiau cuando afirma que hay responsabilidad contractual si, existiendo entre las partes un contrato, los daños son consecuencia de un incumplimiento o de un cum-

artículo 1091 CC –*Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 12– la trascendencia del contrato como fuente de las vinculaciones obligatorias deriva directamente de su acogimiento como tal en las previsiones del ordenamiento y, en concreto, de las contenidas en el artículo 1089 CC y en este mismo precepto, luego reiteradas en los artículos 1254, 1258 y 1278 CC.

²⁸ Así se pronunciaron ya sentencias del Tribunal Supremo de fechas 9 de mayo de 1984 (RJ 2403) –considerando 4.º–, 27 de junio de 1984 (RJ 1984/3438) –considerando 3.º–, 5 de junio de 1985 (RJ 1985/3094) –considerando 1.º– 30 de junio de 1989 (RJ 1989/6393) –FD cuarto–, por citar algunos importantes fallos.

²⁹ Sentencia que enjuiciaba la procedencia o no del daño moral en un caso de nulidad radical de un contrato. En el mismo sentido, y ya en un supuesto de daño moral derivado de un incumplimiento contractual, se pronuncia la SAP-Barcelona de 12 de febrero de 2004 (AC 2004/528) que estimó que cuando el daño moral emana de un daño material o resulta de datos de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor (como es el caso que enjuicia la sentencia: retraso en la entrega de una vivienda de recreo) una consecuencia de la propia realidad litigiosa, se justifica la operatividad de la doctrina *in re ipsa loquitur* («la cosa habla por sí misma» [Ter. Eun. 705]) y la concesión de indemnización por la situación de notoriedad –cfr. FD segundo, al enjuiciar el daño moral y su cuantificación–.

plimiento defectuoso de lo que constituye materia del contrato en sentido estricto, mientras que la responsabilidad extracontractual se produce cuando, con independencia de las posibles relaciones que existen entre las partes, los daños son consecuencia de la infracción de deberes generales de conducta o de la regla general *alterum non laedere*. Reconducido a este ámbito el daño moral o no patrimonial, sus vicisitudes se regirán, pues, por las normas de la responsabilidad extracontractual; en cambio, las consecuencias patrimoniales del incumplimiento se regirán por las de la responsabilidad contractual³⁰.

Finalmente, adviértase, a mayor abundamiento, que los supuestos que se analizan en este estudio posiblemente deriven de un hecho dañoso con violación de determinadas obligaciones contractuales que no empece que, el hecho causante del daño implique, al mismo tiempo, la violación del deber general de no causar daño a otro: *alterum non laedere* o *neminem laedere*. Por lo tanto se puede acudir a la yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, de tal manera que nos encontramos con acciones que pueden ejercitarse alternativamente o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concreto de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, y todo ello a favor de la víctima, para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

Recuérdese que la moderna jurisprudencia ha acuñado la doctrina de la «unidad de la culpa civil», sin que ello suponga una incongruencia de la resolución ni indefensión en la demanda. Como estima la STS de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005/82) desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de las responsabilidades contractual y extracontractual, ha venido declarando la Sala Primera –Civil– del Tribunal Supremo que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando en cambio de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio *iura novit curia* –cfr. FD segundo³¹–.

³⁰ Cfr. ESPIAU ESPIAU, S., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54, núm. 1481, p. 1287.

³¹ En el caso de autos se indemnizó por RENFE a los cónyuges que con ella contrataron un viaje con el tren Talgo, pagando sus respectivos billetes, indemnización de los daños y perjuicios derivados de la caída de la esposa en las escaleras mecánicas de la estación cuando ambos las utilizaban para subir al andén en que debían tomar el tren, siendo fundamento de la condena el incumplimiento del contrato de transporte de viajeros por el

Considero que acudiendo a esta doctrina se protege todavía más el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE, pues en definitiva no cabe eludir el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento, aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de extracontractual o viceversa. Precisamente, se ha dado cumplimiento a dicho mandato constitucional en la STS de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/2660), que da por definitivamente asentada la doctrina de la unidad de la culpa civil y la integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda³². En esta línea de preocupaciones, a mi juicio, se evitaría la indefensión –proscrita por el artículo 24 CE–. Indefensión, que como señala la STS de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005/82) –FD segundo– podría darse sobre todo si, fundada la acción en el artículo 1902 CC y siendo por tanto aplicable el plazo

transportista. Se ha acudido a esta doctrina en la STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7447) en un supuesto de estimación del daño moral derivado de la culpa extracontractual; pero en un caso de contrato de arrendamiento, como consecuencia del hundimiento de la techumbre de la vivienda arrendada. En el caso de autos recordó el Tribunal Supremo que la jurisprudencia casacional de Italia, en supuestos como el que es objeto de este recurso admite la acumulación de la acción contractual y la extracontractual, al permitir al locatario obtener el pleno resarcimiento de daños por ruina del inmueble arrendado, criterio que viene a coincidir con el seguido en esta resolución, en la que se trata sobre todo de que el locatario perjudicado obtenga un equitativo resarcimiento por los daños sufridos, previa invocación en primer lugar de la normativa extracontractual y seguidamente también de la contractual –cfr. FD tercero–.

También se ha acudido a esta doctrina de la «unidad de la culpa civil» por la SAP-León de 30 de junio de 2004 (AC 2005/64), en el caso enjuiciado se apreció la conducta negligente o poco previsor en la vigilancia y consecuente fallecimiento de un enfermo de alzheimer por hipotermia al escapar del control de la residencia en la que estaba ingresado. Se estimaron, además, los daños morales. Cfr., también, la SAP-Asturias de 27 de enero de 2005 (JUR 2005/61466) que apreció la culpa contractual como consecuencia de la caída por el patio de luces sufrida por empleada del hogar cuando se encontraba limpiando las ventanas en casa de la demandada, por falta de adopción de las precauciones exigibles al ordenar a la empleada la realización de una tarea que resultaba peligrosa. Admite este fallo que una pacífica doctrina jurisprudencial en los supuestos en que concurra o pueda concurrir culpa contractual o extracontractual ha venido patrocinando soluciones flexibles, al admitir que el perjudicado pueda optar por una u otra acción o ejercitarlas acumuladamente, sobre la base del principio de unidad de la culpa civil, de modo que facilitados los hechos al juzgador éste aplique la norma más adecuada –cfr. FD segundo–.

³² En la presente litis el Tribunal estimó que no hay duda alguna que hubo una omisión culposa en la seguridad del hotel al ser sustraído un vehículo de la zona de aparcamiento específica del mismo, sin que se haya logrado su recuperación. Y para lo que aquí importa, centra la cuestión al núcleo de la presente contienda y afirma que la parte recurrente en casación –antes demandante y apelante– estaba legitimada *ad causam* para iniciar el presente proceso, aun a pesar de haber fundamentado *ab initio* su pretensión desde el punto de vista jurídico en el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual ya que, con base al principio *alterum non laedere* la posible existencia simple de un perjuicio sobre el que se reclama, al desarrollar el principio *iura novit curia* el juzgador debe entrar en el fondo del asunto, si la petición, como en el presente caso, se determina en un resarcimiento de dicho perjuicio, aunque el fundamento jurídico de la pretensión al caso, se base en el área de la responsabilidad contractual en vez de la extracontractual o viceversa –cfr. FD primero–.

de un año conforme al artículo 1968-2 CC, el demandado se defendiera únicamente de su culpa extracontractual oponiendo dicho plazo de prescripción y, sin embargo, se viera luego sorprendido por una sentencia que rechazase su aplicabilidad para, en cambio, considerar aplicable el de quince años del artículo 1964 CC por encuadrar el caso en la responsabilidad contractual. Y todo «a favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible» –STS de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/2660) [FD primero]–.

A continuación me fijaré en los casos que por su relevancia, frecuencia o posible interés merecen ser destacados como supuestos concretos en los que ha procedido la indemnización del daño moral como consecuencia de un incumplimiento o defectuoso cumplimiento contractual.

II. LOS DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LOS VICIOS, DEFECTOS Y RUINA DE EDIFICIOS

El mismo tono que se observa en los casos de incumplimiento contractual, en el sentido de que la legislación no se muestra proclive al reconocimiento expreso del remedio que supone la reparación de los daños morales, se infiere de una lectura rápida del Código Civil y de la legislación *ad hoc* en materia de responsabilidad derivada de los vicios, defectos y ruina de edificios. Es más, de esa misma lectura parece deducirse que en lugar de avanzar, en este campo del reconocimiento del daño moral indemnizable, se retrocede³³.

³³ Adviértase con SALVADOR CODERCH que la doctrina discute si el fundamento de la responsabilidad que reconoce el artículo 1591 CC es contractual o no. Cfr. Pablo SALVADOR CODERCH, com. artículo 1591 CC, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1189 y 1190.

También en caso de producción de daños en edificios nos podemos encontrar con supuestos de responsabilidad extracontractual y la aplicación consiguiente del artículos 1902 CC. Así, si falta la conexión contractual o estamos ante perjudicados distintos del propietario o del comitente de la obra, el régimen será entonces el de los artículos 1902 ss. CC y así se indemnizarían no sólo los perjuicios económicos, además de los causados en el edificio (lucro cesante, gastos de traslado, arrendamiento de nueva vivienda, etc.), sino también, por ejemplo, el daño moral que consiste en la frustración, molestias y malestar varios que se derivan del vicio constructivo. Cfr., en este sentido: MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 61, 2003, núm. 1653, pp. 268 y 269. Destaco, en este sentido, la STS de 4 de febrero de 2005 (RJ 2005/915) que apreció los daños morales en un caso de responsabilidad extracontractual debido a la ruina de un edificio por obras de excavación en el solar contiguo. Se declaró la responsabilidad civil por negligencia de la empresa contratista en el vaciado del solar y la ejecución del muro pantalla y la procedencia de la indemnización de los daños morales por el desalojo de la arrendataria de la vivienda por ruina del edificio en que se alojaba, con anticipación de su

En efecto, aunque si bien no reconoce expresamente tal indemnización el artículo 1591 CC³⁴, sí puede intuirse que al admitir *in genere* la responsabilidad por «daños y perjuicios», sin distinguir ni especificar, luego abarcará el daño emergente, el lucro cesante y, para lo que aquí importa, el daño moral. Sin embargo la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación –en adelante LOE–, a mi juicio, no ha aprovechado la ocasión para ampliar y pergeñar la responsabilidad en un ámbito tan delicado y conflictivo como es el de la responsabilidad por vicios y defectos constructivos en la edificación³⁵.

Veamos, pues, el *statu quo* de esta cuestión en la Ley de Ordenación de la Edificación. Lo más reseñable es que esta Ley únicamente se refiere a los «daños materiales», tanto que en el artículo 17 LOE, que inicia el elenco de artículos destinados a regular las *Responsabilidades y garantías* –capítulo IV– utiliza dicha expresión «daños materiales» hasta nueve veces, al referirse a la *Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación*; el artículo 18 LOE al determinar los *Plazos de prescripción de las acciones*, también acude a la citada expresión, y la emplea hasta cuatro veces el artículo 19 LOE, en relación al seguro de caución, al establecer la regulación jurídica de las *Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción*³⁶.

La doctrina no ha permanecido ajena al cambio que la LOE ha supuesto, en relación a la regulación establecida en el artículo 1591 CC. Así, Bercovitz Rodríguez-Cano, al comentar el artículo 1591 CC y confrontarlo con el artículo 17 LOE, ha estimado que el artículo 17 LOE, por el contrario, únicamente se refiere a la responsabilidad por daños materiales causados en el edificio por los vicios o defectos que se especifican en él (ruina estructural; ruina funcional y vicios o defectos que afecten a elementos de terminación o acabado). Concluye el autor que «no se alude, pues, a

salida al momento determinado, debido a la situación en que se encontraba el inmueble –cfr. FD segundo–.

³⁴ Dispone el artículo 1591 CC que: «El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que se concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años».

³⁵ Vid., NIETO ALONSO, A., «La responsabilidad por vicios y defectos constructivos en la edificación», *El Consultor Inmobiliario* –Ed. La Ley-Actualidad–, núm. 43, 2004, pp. 2-22.

³⁶ Cfr., CORDERO LOBATO, E., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, AA.VV. Pamplona, 2000, p. 300.

los daños y perjuicios causados por la ruina (daños indirectos, daños secuenciales y daños morales), restringiéndose el alcance que hasta hoy ha tenido el régimen de responsabilidad por ruina *ex* artículo 1591³⁷. En el mismo sentido se pronuncia Mesa Marrero al señalar que el artículo 1591 CC contrasta con el limitado contenido de la responsabilidad establecido en el artículo 17.1 LOE, porque en este último los agentes que intervienen en el proceso constructivo sólo responden de unos daños muy concretos: los daños materiales ocasionados en el edificio³⁸.

De dar prioridad a una interpretación excesivamente rigurosa de la LOE no se resarcirían sino los daños materiales; pero supondría esa apreciación una lectura demasiado superficial de la normativa dispuesta por la LOE, no es posible olvidar algunas puntualizaciones que la propia Ley realiza. Me refiero a importantes apartados de determinados artículos de la Ley de Ordenación de la Edificación: en concreto, del artículo 17, al regular la *Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación*, destaco los siguientes apartados: artículo 17.1, al principio: «Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...»; artículo 17.9: «Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa»; artículo 18.1 *in fine*, artículo que determina los *Plazos de prescripción de las acciones*, cuando aclara que se entiende el plazo de dos años para el ejercicio de las acciones: «... sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual».

De tal manera que puede concluirse la posibilidad de resarcir el daño moral derivado de un contrato de obra del que deriven vicios o defectos constructivos, no sólo porque en este punto todavía resulta aplicable el artículo 1591 CC –no derogado expresamente

³⁷ Vid., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., com. art. 1591, en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1830, con cita de CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 300.

³⁸ Vid., MESA MARRERO, C., «El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos», *Aranzadi Civil*, núm. 13/2001 (BIB 2001/1229). Se insiste en estas consideraciones en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones II*, vol. segundo –edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ–, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 192-198, al estimar aplicable el artículo 1591 CC para la reclamación de daños que no regula la Ley de Ordenación de la Edificación y sí el citado artículo y cita como ejemplos: los daños morales, los indirectos (vivienda de reemplazo), los secuenciales (en muebles que había en el edificio)... –cfr., además: disposiciones transitorias primera y segunda y art. 2 de la LOE–.

por la disposición derogatoria primera LOE y por la amplitud de la expresión «daños y perjuicios» que utiliza el citado artículo, frente a la limitación de la LOE a los «daños materiales»— sino también porque la LOE deja a salvo las normas generales de la responsabilidad contractual y, recordemos, los artículos 1101, 1106 y 1107 CC no excluyen la reparación de los daños no patrimoniales o morales —consideración que se infiere de este estudio, en particular, del primer epígrafe—.

La Jurisprudencia admite en numerosas sentencias no sólo la indemnización de los daños materiales sino también de los daños morales que la destrucción o ruina de un edificio causa a quienes lo habitan y se indemnizan bien mediante la aplicación de las reglas del artículo 1591 CC o bien acudiendo a las normas generales de responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. CC) o extracontractual (arts. 1902 y ss. CC, en especial, el art. 1907 CC)³⁹.

Tampoco es infrecuente el rechazo de la estimación del daño moral como se aprecia en la que puede resultar polémica STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736). Se plantea la reclamación con base en el artículo 1591 CC —porque el supuesto se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación—.

La narración fáctica que hace la sentencia es la siguiente: se interpone la demanda por la empresa de actividades turísticas sita en Canarias «Hervideros, S. A.», que alegó la producción de ruina funcional⁴⁰: filtraciones y humedades causadas por la mala impermeabilización de la edificación consistente en apartamentos turísticos y reclamó, contra la demandada «Yuco Construcciones, S. A.», que se realizaran tales obras de impermeabilización, que se le

³⁹ Incluso, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha llamado la atención por no pedirse o no concederse la indemnización de los daños morales, me refiero, por ejemplo, a la STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/3018): «... con olvido de otros conceptos, como... el daño moral...» —cfr. FD cuarto—. Se trataba de una compraventa civil y se declaró la improcedencia de la resolución del contrato porque los vicios son subsanables, sin entidad suficiente para impedir el fin del contrato. Se trató de un supuesto de saneamiento por vicios ocultos: acción *quantum minoris*. Comenta esta sentencia RUBIO GARRIDO, T., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 67, 2005, núm. 1794, p. 192. Autor que declara en este comentario que aunque en puridad dogmática no ve inconveniente en que de un incumplimiento contractual pueda seguirse un daño moral resarcible (la pérdida de la «alegría de vivir», desazón, disgustos, angustia), señala, en relación al caso de autos, que pedir la indemnización por daño moral, en concreto, por una sustitución de instalación eléctrica y haber de gestionar una licencia municipal le parece excesivo «todos hemos comprobado que son vicisitudes que entran dentro de las incomodidades ordinarias de la vida». Estoy completamente de acuerdo...

⁴⁰ Utiliza esta sentencia el concepto amplio de ruina reiterado por la jurisprudencia, como «desperfectos que vengán a hacer inútil la cosa para la finalidad que le es propia», en el caso de autos, las humedades en apartamentos que componen un complejo residencial —cfr. FD segundo—.

indemnizara por los daños y perjuicios materiales y se le indemnizara también por lucro cesante y daños morales.

En el fallo de la sentencia de la Audiencia se condena, a la Sociedad demandada, y ahora recurrente en casación, al abono «de 5.480.000 pesetas en concepto, en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora»⁴¹. La sentencia del Tribunal Supremo 31 de octubre de 2002 casa y anula la sentencia de la Audiencia en el único sentido de eliminar la condena «de 5.480.000 ptas. (cinco millones cuatrocientas ochenta mil pesetas) en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora» y sustituye dicha condena por la de 1.980.000 ptas. (un millón novecientas ochenta mil pesetas) como lucro cesante, absolviéndole en cuanto al alegado daño moral.

Lo más sobresaliente de la sentencia, al menos por su interés para este trabajo, es lo que se proclama en el FD quinto que es la justificación para el rechazo, en el caso de autos, de la reparación del daño moral, así, después de declarar que no es correcta la apreciación del daño moral estimó que «El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo..., es el caso también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del *pretium doloris*. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial»⁴².

⁴¹ Además la Audiencia condenó a la demandada a que realice a su costa las obras de impermeabilización aún pendientes de realizar.

⁴² Cita y aplica esta sentencia, en el mismo sentido y en relación a los daños morales la STS de 24 de marzo de 2004 (RJ 2004/1951). No observa el Tribunal la «impotencia, zozobra, ansiedad, angustia» —estados de ánimo a los que se refiere, para apreciar el daño moral, la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089)— y señala, FD quinto, que «... estados de ánimo permanentes o de una cierta intensidad que no necesariamente se identifican con la carga derivada de acudir a un procedimiento jurisdiccional para obtener la anulación de un acto administrativo contrario a la solicitud formulada...» —supuesto al que se refiere el caso de autos—. También se remite a la STS de 31 de octubre de 2002 la STS de 7 de marzo de 2005 (RJ 2005/2214). Sentencia que aplica al caso enjuiciado la doctrina de la citada STS de 2002, caso en que, según su FD cuarto, los demandantes no se han visto privados del uso de sus viviendas ni de los cuartos de baño en que aparecieron los defectos denunciados; «las molestias causadas por esta situación no pueden ser consideradas como constitutivas de un daño moral, en los términos en que éste es concebido por la doctrina de esta Sala».

Entre la jurisprudencia «menor» destaco la SAP-Girona de 10 de marzo de 2004 (AC 2004/679). Se habían reclamado por el recurrente los daños morales al tener que alquilar otra vivienda durante la reparación de su casa por los defectos que presentaba. Sí

Se consideró por un sector doctrinal que el rechazo del Tribunal Supremo a indemnizar el daño moral en esta concreta sentencia es perfectamente comprensible y justificable «sencillamente porque en el presente caso no se produjo daño moral alguno»; pero no manifiestan estos autores su acuerdo con el razonamiento de la sentencia «a todas luces excesivo... al limitar de forma exclusiva el daño moral a los casos en que se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona»⁴³.

A mi juicio el fallo de la sentencia (STS 31 de octubre de 2002) ha sido, a la postre, acertado, al no estimar, en el concreto caso enjuiciado, los daños morales; pero no comparto la justificación, sobre todo cuando declara que el concepto de daño moral «no comprende aspectos del daño material» o cuando señala que «si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual» –cfr. FD quinto–. Cuando es reiterada la jurisprudencia, y destaco por su interés la STS de 25 de junio de 1984 (RJ 1986/1145) al entender que nada obstaculiza a que, bajo el principio que late en toda culpa civil de reparar el daño causado, encuentre fundamento el deber de indemnizar los daños morales derivados de aquella culpa, y entendidos como «el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, o incluso resultados, *tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como si el ataque afecta al acerbo extramatrimonial o de la personalidad*» (la cursiva es mía) –cfr. séptimo considerando⁴⁴–.

A mayor abundamiento, recurro a la paradigmática STS que ha abierto el camino a la indemnización del daño moral contractual, me refiero a la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403) –que se estudia en el último epígrafe de este trabajo–, fallo en el que el daño sí ha afectado a la esfera patrimonial del sujeto y, sin embargo, procedió la reparación de los daños morales⁴⁵.

se estimaron los daños y perjuicios derivados de la culpa contractual; pero se desestima la reclamación de los daños morales con base a ese concreto concepto que proporciona la STS de 31 de octubre de 2002.

⁴³ Estas consideraciones las realizan MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., al comentar la STS de 31 de octubre de 2002, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 61, 2003, núm. 1653, p. 267.

⁴⁴ Se trataba de un caso de culpa extracontractual derivada de la ruina de un edificio causada por excavaciones en la finca colindante. Se han utilizado las mismas argumentaciones de esta sentencia, pero no en un caso de culpa extracontractual, sino en un supuesto de responsabilidad por vicios constructivos por ruina, se exige responsabilidad al promotor por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales *ex* artículo 1101 CC y se han estimado los daños morales, en la SAP-Granada de 19 de julio de 2004 (JUR 2004/256352) –cfr. FD segundo, *in fine*–.

⁴⁵ Y ha sido así como consecuencia de la omisión por la Compañía Telefónica Nacional de España en las guías telefónicas, del nombre, apellidos, profesión de abogado,

Entre las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en relación con el daño moral derivado de los vicios, defectos o ruina de edificios, merece especial mención la STS de 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8097), que en un caso de contrato de obra con vicios constructivos que provocan el desalojo judicial de los propietarios ocupantes de los pisos, aumenta la cuantía de la indemnización concedida por daños morales en 450.000 pesetas a cada uno de los propietarios –el Juzgado había concedido 250.000 pesetas a los propietarios que hubieran tenido graves desperfectos en sus viviendas–. El Tribunal Supremo confirma la decisión de la sentencia recurrida, al afirmar que los acontecimientos posteriores, como bien explica el Tribunal de Instancia, lo justifican cumplidamente, «pues 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 contingencias negativas de una defectuosa construcción» –cfr. FD tercero del recurso I⁴⁶–.

Daño moral, por haber afectado el daño a la imagen empresarial, también como consecuencia de una responsabilidad contractual por defectos de la construcción, se apreció en la STS de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005/2806), debido al funcionamiento defectuoso de la instalación de una estructura metálica con techo retráctil en la terraza de un restaurante, con imposibilidad de explotar la terraza en período coincidente con la Exposición Universal celebrada en Sevilla, se reclama el daño moral causado en la «imagen empresarial» de la demandante, por haber tenido que cancelar numerosos contratos con agencias de viaje y empresas turísticas para ese mismo período⁴⁷.

dirección y número de teléfono de aquél: «... traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos... en que la permanencia del anuncio convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional» –cfr. sexto considerando de la primera sentencia–.

⁴⁶ Se insiste en el FD tercero, *in fine*, del recurso III en que «... La 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». De todo lo anterior, MESA MARRERO, C., *El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos*, Aranzadi Civil, núm. 13/2001 [BIB 2001/1229], al analizar esta sentencia, colige que la reparación íntegra de los daños causados como consecuencia de una construcción defectuosa, no siempre se limita al resarcimiento de los perjuicios económicos; por el contrario –advierte– habrá que valorar las circunstancias concretas de cada caso para determinar si procede igualmente una compensación económica por los daños morales que también haya generado el hecho dañoso.

⁴⁷ También ha procedido la indemnización de los daños morales derivados del incumplimiento del contrato de obra, en el caso resuelto por la SAP-Las Palmas de 11 de

La indemnización de daños morales alcanza, como no podía ser de otro modo, a defectos de la construcción en elementos accesorios como, por ejemplo, la piscina. En este sentido, la SAP-Murcia de 4 de marzo de 2005 (JUR 2005/76291) acude a la vía del artículo 1591 CC, por tratarse de vicios ruinógenos en la construcción de una piscina, para condenar a la constructora y, además de imponerle la indemnización por los gastos notariales y del informe del arquitecto técnico (2.260, 46 euros) y por reparaciones y construcción de nueva piscina (29.632, 56 euros) procede la reparación de los daños morales en la cuantía de 6.000 euros.

También puede proceder la indemnización de daños morales por ruina cuando el perjudicado es el arrendatario, así ha ocurrido en el caso resuelto por la STS de 11 de marzo de 2002 (RJ 2002/5691) –que se estudiará cuando se trate de los daños morales en el contrato de arrendamiento–.

En fin, se puede apreciar el daño moral contractual derivado de la ruina de edificios o defectos en la edificación, bien mediante la aplicación del artículo 1591 CC, gracias a su amplia expresión «daños y perjuicios», bien acudiendo a las acciones generales de responsabilidad contractual, ex artículo 1101 CC; sin perjuicio de estimar, también los daños morales en casos derivados de la responsabilidad extracontractual –arts. 1902 y ss. CC–, si así procediere. Incluso remitiéndonos a la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, que, como he señalado, deja a salvo las «responsabilidades por incumplimiento contractual» –cfr. arts. 17.1 y 9 y 18.1 LOE–. Así que considero que se puede hablar de una compatibilidad entre esas las acciones que derivan de la aplicación de los mencionados preceptos, con la exigencia de una reparación del daño moral, en los casos que procediere dicha indemnización ⁴⁸.

mayo de 2005 (JUR 2005/166532). De la prueba practicada se infiere que se produjo un incumplimiento contractual de tal entidad (pésimas condiciones de habitabilidad, emanaciones continuas de malos olores por el deficiente sistema de saneamiento en el baño y una inundación por lluvias dada la pésima ejecución de la impermeabilización de la terraza...) que determinó la resolución del contrato: «Fácil es deducir la angustia a que se ha visto sometida la demandante, así como el malestar general obvio que la actuación del demandado ha generado en la vida de la familia; entiende esta Sala que todo ello es suficiente para acreditar la existencia de un daño moral que justamente debe ser resarcido» –cfr. FD segundo–.

⁴⁸ Recordemos la copiosa jurisprudencia que admite la compatibilidad del artículo 1591 CC con las acciones generales, en este sentido, destaco la STS de 13 de julio de 1987 (RJ 1987/5461) que, ante un caso de responsabilidad de la promotora, ha señalado que la Sala Civil del Tribunal Supremo ha manifestado que «al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le correspondan...» –cfr. FD sexto–. Apodíctica resulta la SAP-Cantabria de 23 de enero de 2001 (AC 2001/132613) que reconoce «el solapamiento del artículo 1591 del Código Civil y su carácter no excluyente con el régimen general de la responsabilidad contractual» –cfr. FD tercero–.

III. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL POR «PÉRDIDA INDEBIDA DE OPORTUNIDAD PROCESAL» –DE LA DEFENSA– O PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Jurisprudencia reiterada concede indemnización por el daño moral que resulta de un concreto incumplimiento contractual. Me refiero a los casos conocidos como «pérdida de oportunidad» o «pérdida de oportunidad procesal» que sancionan supuestos en los que debido a la negligencia de un abogado o de un procurador, se interpone un recurso fuera de plazo o deja de interponerse, con la consiguiente pérdida para el cliente de la posibilidad de obtener una sentencia favorable⁴⁹.

⁴⁹ Adviértase que también en otros ámbitos –distintos de los de servicios de abogados y procuradores– se acude a la doctrina de la «pérdida de oportunidad», y se aprecian los daños morales por dicha pérdida, ya que la pérdida de oportunidad, de la *chance*, es un criterio que se ha ido extendiendo, como veremos, desde el que le era propio y originario, derivado de la actuación de abogados y procuradores, a otros campos, también a la responsabilidad médico sanitaria. Confróntese, en este sentido, la STS de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998/8371), aunque no reconoció la existencia de daño moral y se trató de un caso de responsabilidad extracontractual. En concreto, se juzga la actuación de una enfermera y se habla de la pérdida de oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Sólo se le ha imputado a la enfermera esa pérdida de oportunidad «Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas» –cfr. FD segundo, *in fine*–. Así ha ocurrido, también, en el caso resuelto por la SAP-Cantabria de 19 de noviembre de 2004 (AC 2005/84) en el caso de autos se produjeron secuelas inesperadas después de una operación, se deduce responsabilidad contra el cirujano por ausencia de consentimiento informado y se sostiene que «la omisión de este deber de información no puede relacionarse causalmente con la materialización del daño dimanante de una operación correcta con arreglo a la *lex artis* sino con la pérdida de la oportunidad de decidir entre varias opciones...». Y que «... esta privación de la facultad de decidir en cuestiones atinentes a la salud personal genera, por sí sola, unos daños morales que deben ser resarcidos, ya que el derecho a la dignidad exige que nadie pueda ser ignorado y preterido en el acto de tomar decisiones que afectan a su esfera más íntima y personal, por incidir en el derecho de autodisposición sobre el propio cuerpo» –cfr. FD cuarto–. Otro supuesto, en el que se aplica la citada doctrina y no en su campo propio –de abogados y procuradores– se infiere de la SAP-Albacete de 18 de octubre de 2004 (JUR 2005/12851). A través de su demanda la actora pretende ser indemnizada como consecuencia de la póliza de seguros que su hija, fallecida en accidente de tráfico, tenía concertado con la aseguradora y si ella elige a los profesionales, su «error» al escoger conlleva su obligación indemnizatoria frente al asegurado, que es quien a la aseguradora paga la prima. Entiende el Tribunal que deben compaginarse los conceptos de «probabilidades de triunfo» para el supuesto de haberse ejercitado la acción, y de daño moral, por esa «pérdida de oportunidad» –cfr. FJ cuarto–. También se ha hablado de «pérdida de expectativas», en un supuesto distinto de los de contrato de arrendamiento de servicios de abogados y procuradores, en la SAP-Barcelona de 12 de febrero de 2004 (AC 2004/528) en un caso de incumplimiento en un contrato de compraventa de vivienda por retraso en la entrega y se estimaron los daños morales no sólo por la zozobra sino también por la «pérdida de expectativas» de arrendamiento –cfr. FD segundo, con el íntitulo: «El daño moral y su cuantificación».

Vid., PLAZA PENADÉS, J., *El Nuevo Marco de la Responsabilidad Médica y Hospitalaria*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002, que, al referirse a la valoración del daño, estudia la «pérdida de la oportunidad», pp. 86-88. También GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 211-228.

Otro ejemplo de interés en relación a la denominada «pérdida de oportunidad» es el que nos suministra el comentario al artículo 7.4.2 (2) de los Principios UNIDROIT (cuan-

Un adecuado concepto que resume la posición jurisprudencial de lo que esta doctrina significa lo proporciona la SAP-Asturias de 19 de enero de 2004 (AC 2004/9) cuando en el FD cuarto declara que «la doctrina y la jurisprudencia valora como “pérdida de oportunidad” subsumible en la noción de daño moral que se ocasiona a quien por la impericia o falta de diligencia del Abogado cuyos servicios profesionales solicita no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos, tanto sea esta una persona física como jurídica»⁵⁰.

En definitiva el contrato que se está incumpliendo o cumpliendo defectuosamente es, en los casos que se analizan, el de prestación de servicios, definido en el artículo 1544 CC conjuntamente con el de obra, a los que llama «arrendamiento», como el contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587 CC, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, y dado que la mayoría de los casos que se analizan en este epígrafe se refieren a abogados, se estará, para los contratos celebrados con un abogado, al Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del que se desprende que «son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento con el máximo celo y diligencia y guardando secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada», añadiendo que «en el desempeño de esta función se atenderá el abogado a las exigencias técnicas, deontoló-

do al regular la reparación del daño integral, admite que el daño puede no ser pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional –con lo que reconoce la indemnización del daño moral derivada del incumplimiento–: «A», un joven arquitecto que ha comenzado a crearse cierto prestigio, firma un contrato para la modernización de un museo municipal de bellas artes. El nombramiento recibe amplia difusión por la prensa. Las autoridades municipales deciden posteriormente contratar los servicios de un arquitecto más experimentado y resolver el contrato con «A». «A» puede obtener el resarcimiento, pero no sólo por las pérdidas materiales sino también por el daño a la reputación y la pérdida de oportunidad para «A» de alcanzar la mayor celebridad que le hubiera otorgado la realización del encargo. Cfr.: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf> (fecha de consulta: 14 de julio de 2005). Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2.ª impresión corregida y editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)).

⁵⁰ Sin acudir a la doctrina de la «pérdida de oportunidad»; pero sí en relación a los profesionales de la Justicia, en la STS de 23 de enero de 2004 (RJ 2004/1) ha procedido la indemnización de daños morales, como consecuencia de la responsabilidad civil de Magistrados del Tribunal Constitucional, por su conducta antijurídica ante la negativa lisa y llana a entrar a resolver una petición de amparo y la consiguiente frustración de las creencias del peticionario de amparo, como ciudadano de un Estado social y democrático de Derecho –cfr. FD cuarto–.

gicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto» (art. 53) y, según el artículo 102, «los abogados en su ejercicio profesional están sujetos a la responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les ha sido confiada» –obsérvese que este último precepto nos sirve para justificar sea responsabilidad del abogado que con su actuar negligente produce la denominada «pérdida de oportunidad»⁵¹–.

En el sentido apuntado, la STS de 28 de abril de 2005 (RJ 2005/3646) recuerda que esta Sala –Civil– tiene declarado que los artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía –RD 2090/1982– imponen al abogado una actuación con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia, dados los cánones profesionales recogidos en el Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su proceder. En el caso enjuiciado por esta Sentencia se aprecian los daños morales derivados de la clara insatisfacción producida por la negligencia del abogado que provoca la «pérdida de las correspondientes expectativas procesales», también se refiere a la «pérdida o sensible disminución de las opciones procesales» –cfr. FD segundo⁵²–.

Por regla general, la jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño moral SSTS de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996/3793) –por privación del derecho al recurso que tenía a su favor la demandante–; 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7871) –por verse privado del derecho a que las demandas fueran estudiadas por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo–; 25 de junio de 1998 (RJ 1998/5013) –derivado del derecho a acceder a los recursos, o a la tutela judicial efectiva–; 14 de mayo de 1999 (RJ 1999/3106); 26 de enero de 1999 (RJ 1999/323), 8 de febrero de 2000 (RJ 2000/842), 8 de abril de 2003 (RJ 2003/2956), entre otras, que se refieren a la pérdida indebida de oportunidades procesales⁵³. Y como señala la SAP-Barcelona de 21 de marzo de 2005

⁵¹ Cfr. SAP-Madrid de 29 de marzo de 2005 (JUR 2005/107234) que declara la responsabilidad de un abogado por negligencia profesional. La indemnización se ha circunscrito al daño moral causado por la falta de acceso a la vía contencioso-administrativa y se acude a la doctrina de la «pérdida de la oportunidad» –cfr. FD tercero–.

⁵² En el caso de autos, en atención a la relación contractual de servicios entre abogado y cliente, el daño moral del actor deriva de la inactividad del letrado en la defensa de los intereses que le fueron encomendados, que ha frustrado los derechos de defensa de aquél en el juicio en su contra deducido sobre resolución del contrato de arrendamiento rústico, así como provocado la pérdida de las correspondientes expectativas procesales –cfr. FD segundo–.

⁵³ Cfr. FD tercero SAP-Navarra de 2 de febrero de 2004 (JUR 2004/184816) que apreció actuación negligente del abogado al interponer el recurso de suplicación, acompañando resguardo del depósito, pero no así el resguardo del aval que se presenta extemporáneamente, viéndose la actora privada de la «oportunidad procesal» de recurrir la sentencia del Juzgado de lo Social. Los conceptos indemnizatorios son, en concreto: 1.º El importe de la cantidad a cuyo pago fue condenada la actora. 2.º El importe de los daños morales y

(JUR 2005/115444) los autores que sustentan la teoría de la pérdida de oportunidad parten de que no es posible entrar en juicios de valor sobre las posibilidades de éxito porque no puede preverse el resultado del litigio si se hubiese planteado correctamente, amén de que se desconocen los medios de defensa que podría haber utilizado la otra parte, y en consecuencia lo que debe indemnizarse es la pérdida de oportunidad de la defensa, o la privación del derecho a la tutela judicial efectiva –FD tercero⁵⁴–.

En otras ocasiones esa jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño real SSTS de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8735) –negligencia profesional del abogado por no solicitar la prórroga de la anotación preventiva del embargo trabado sobre fincas–; 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8971) –negligencia del abogado que dejó transcurrir el plazo de un año sin efectuar el requerimiento que habría interrumpido la prescripción de la acción por culpa extracontractual, viéndose truncadas las posibilidades de éxito de la demanda; 28 de enero de 1998 (RJ 1998/357) –abogado que deja transcurrir el plazo de reclamación al Fondo de Garantía Salarial de las indemnizaciones debidas a sus clientes–; 24 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7436) –responsabilidad del procurador por presentación extemporánea de la demanda de retracto–; 3 de octubre de 1998 (RJ 1998/8587) –conducta negli-

de imagen –a tal fin alega la actora que es una mercantil dedicada a impartir cursos homologados por el Gobierno de Navarra, entre los que se encuentra el de técnico de Riesgos Laborales, habiendo sido conocida la sentencia en ámbitos de formación jurídico laboral y empresariales– [cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, p. 83, al referirse a los daños morales causados a personas jurídicas y afirma que «es también daño moral la disminución o pérdida del prestigio de una persona jurídica»]. 3.º El importe de la minuta de honorarios abonada a la parte demandada.

La STS de 18 de junio de 2004 (RJ 2004/3629) declara que procede la responsabilidad de la procuradora al haber dejado vencer el plazo para interponer el recurso de apelación. Se estiman acreditados unos daños derivados del incumplimiento contractual y se aprecia el daño moral acudiendo a la doctrina de la pérdida de oportunidad procesal –cfr. FD segundo–. En este sentido: SSTS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7871) y de 26 de enero de 1999 (RJ 1999/323).

⁵⁴ En dicha sentencia se estima la responsabilidad civil por pérdida de oportunidad procesal. Al actor que venía desempeñando dos trabajos a tiempo parcial, para el Institut Català de la Salut y el Ayuntamiento de Barcelona, respectivamente, le fue negada la compatibilidad por este último organismo, lo que dio lugar a que se recurriera la resolución en vía administrativa por medio del letrado demandado, y desestimada esta vía, se promoviese recurso contencioso-administrativo. Señalada la celebración del juicio por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo a quien correspondió conocer del asunto, el demandado no compareció y se dictó auto de desistimiento, el cual fue confirmado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJC.

Nótese que al apreciar la pérdida de oportunidades la jurisprudencia valora unas veces el daño material (SSTS de 28 de enero de 1998 [RJ 1998/357], 26 de enero de 1999 [RJ 1999/323], 8 de febrero de 2000 [RJ 2000/842], entre otras), y otras sólo el daño moral (SSTS de 25 de junio de 1998 [RJ 1998/5013], 14 de mayo de 1999 [RJ 1999/3106], por ejemplo).

gente del abogado en reclamación de cantidad al Fondo de Garantía Salarial–; 18 de febrero de 2005 (RJ 2005/1682) –resultan codemandados y responsables abogado y procurador por negligencia al omitir advertencia al cliente sobre el plazo a partir de la firmeza de la sentencia para pagar el precio aplazado evitando la resolución de la venta y la pérdida del inmueble–, entre otros fallos, permitiendo tomar en cuenta para su fijación la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado⁵⁵. En este sentido, la STS de 28 de enero de 2005 (RJ 2005/1830) al tratar del alcance de la responsabilidad civil del abogado, admite, en el caso enjuiciado, el daño moral por privación del derecho al recurso y declara que cabe fijar la cuantía atendiendo a la posibilidad de éxito del recurso frustrado, pero también admite, y es lo que interesa para este punto aquí tratado, que dicho criterio indemnizatorio no es el único ni necesario sino que existe la posibilidad de fundar la reparación del daño acudiendo a la doctrina denominada «pérdida de oportunidad» –cfr. FD segundo–.

A juicio de Martín Casals y Solé Feliu⁵⁶, las soluciones aportadas por la jurisprudencia se basan en una comprensión errónea de la doctrina francesa de la «perte d'une chance en matière contentieuse». Cuando los tribunales franceses aplican esa doctrina en el área procesal no parecen indemnizar un daño moral, ni la frustración que experimenta el cliente ante la pérdida de sus expectativas procesales, sino una «chance» económica que consiste en la probabilidad que tenía el cliente –valorada en términos económicos–, de obtener una sentencia favorable en caso de que el abogado hubiese actuado de forma diligente⁵⁷.

Más que nada, a mi juicio, esta doctrina de la «pérdida de oportunidad» donde realmente incide es en el respeto a un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en

⁵⁵ La SAP-Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/115444), a la que ya he hecho referencia, dispone que también se acude a la doctrina del daño real, a la hora de fijar la indemnización por el daño causado como consecuencia de la negligencia imputable a un abogado o a un procurador, según la cual no cabe equiparar el daño producido a la pretensión deducida en la demanda, porque la obligación del abogado no es de resultado, sino de medios, se le exige que emplee su esfuerzo, conocimientos técnicos y diligencia necesarios para obtener ese resultado pretendido, y por ello el daño tendrá que acreditarse mediante el examen del asunto de que se trate, para ver las posibilidades de éxito que tenía –cfr. FD tercero–.

⁵⁶ Cfr. MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61/2003 –comentario a la STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736)–, pp. 264 y 265.

⁵⁷ Como explican LE TOURNEAU, P. y CADIET, L.: *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz, París, 2002, núm. 1423, p. 373, la cuantía de la indemnización no consiste en la suma que habría recibido si el recurso interpuesto se hubiera acogido favorablemente, porque no se puede reconstruir el pasado; no son las sumas codiciadas las que constituyen el daño sino únicamente la esperanza de ganarlas.

nuestra Constitución de 1978 –art. 24.1–, proscriptivo de la indefensión, que tendría la persona a la que la negligencia de su abogado o del procurador le impidiese obtener una resolución determinada y fundada en Derecho. No puede desconocerse que el acceso a la justicia es elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desembogue en la decisión de un Juez⁵⁸.

Así la jurisprudencia al ocuparse de la doctrina de la «pérdida de oportunidad procesal» y la indemnización del daño moral ha prestado atención a este derecho fundamental. Resulta paradigmática la STS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998/357) que admite que nadie puede prever con absoluta seguridad que una reclamación va a ser obtenida (*sic*), pero el profesional, con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de conseguirla, con lo que, además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE –cfr. FD tercero⁵⁹–.

IV. EL CONTRATO DE ASISTENCIA MÉDICA O DE SERVICIOS MÉDICOS Y LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

Es doctrina reiterada y sin fisuras del Tribunal Supremo –por todas, *vid.* FD primero de la STS de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003/3929)– que la actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateo de medios ni esfuerzos. Como dice la STS de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995/4089), que cita la de 16 de febrero de 1995 (RJ 1995/844), dado que la importancia de la salud humana así lo requiere y también lo impone, por lo que se incurre en responsabilidad, tanto contractual del artículo 1101 CC, como extracontractual del artículo 1902 CC.

Son no demasiado numerosas las sentencias que reconocen la posibilidad de indemnizar los daños morales derivados de este tipo de contrato de servicios médicos. A mi juicio, el «consumidor o

⁵⁸ Acceso o entrada en el que funciona con toda su intensidad el principio *pro actione*. Cfr. STC 37/1995, de 7 de febrero (RTC 1995/37) y STC 107/2005, de 9 de mayo (RTC 2005/107).

⁵⁹ Tesis suscrita por la STS de 28 de enero de 2005 (RJ 2005/1830) –FD segundo–. Equiparan la privación del derecho a acceder a los recursos y la pérdida de oportunidad de la defensa a la privación del derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo, la STS de 25 de junio de 1998 (RJ 1998/5013) –FD primero–, y también insiste en esta tesis la SAP-Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/115444) –FD tercero–.

usuario» debería reclamar, al mismo tiempo que demanda la reparación del perjuicio patrimonial, el daño no patrimonial, inmaterial o moral, porque, precisamente en este ámbito, sanitario, es donde mayor justificación puede tener ese tipo de reparación. Además, la tendencia debe ser el logro de «un resarcimiento del daño lo más completo posible», como ha venido reconociendo la Jurisprudencia reiteradamente⁶⁰.

El remedio consistente en la reparación del daño moral debería ser habitual, siempre que resulte suficientemente justificado, en los supuestos de apreciación de la responsabilidad de los profesionales sanitarios. No en vano su actuación debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, que, como explican las SSTS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/668) y 29 de junio de 1990 (RJ 1990/4945), indica que los médicos deben actuar «en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional»⁶¹. No se puede ignorar que la extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de la «reparación integral» de ahí que ésta afecte con carácter general a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o el lucro cesante, sino también a aquellos perjuicios de otra índole como son las secuelas, el daño moral y con carácter más general el *pretium doloris* que comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos sufridos por los perjudicados⁶². *Lex artis ad hoc* que

⁶⁰ Cfr. SSTS de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1240) –FD segundo– y STS de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993/771) –FD segundo, *in fine*–, por poner algunos ejemplos

⁶¹ Las notas que caracterizan esta *lex artis ad hoc*, según la Jurisprudencia, son las siguientes: 1) como tal *lex* implica una regla de medición a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la *lex* es un profesional de la medicina; 4) el objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); y 5): corrección de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*: tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha *lex artis*; así como en toda profesión rige una *lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán, en un sentido o en otro, los factores antes vistos. Cfr. SSTS de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991/2209) y de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668).

⁶² Cfr. SAP-Barcelona de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/117231) –FD quinto– que defiende esa doctrina en un supuesto, precisamente, de responsabilidad de profesionales sanitarios.

sobrepasa la medida o patrón de la culpa como delimitada por la diligencia de un «buen padre de familia» –STS de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4610)–.

Considero que el recurso a la responsabilidad extracontractual como consecuencia de fallos, incumplimientos o defectuosos cumplimientos médicos resulta excesivo toda vez que estamos ante una clase de contrato, por muy especial que éste sea, que es el de servicios, obligación de actividad, o, en su caso, de obra, obligación de resultado, por lo que sería conveniente que los Tribunales recurriesen más a menudo a la responsabilidad contractual⁶³. Tal vez por eso se acude con frecuencia a la consideración de que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y al mismo tiempo del deber general de no dañar a otro –*alterum non laedere* o *neminem laedere*– hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concreto de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, y todo ello a favor de la víctima, y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible –cfr. SSTs de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7307), de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1240), de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998/2934), y, entre la Jurisprudencia «menor», destaco la SAP-León de 30 de junio de 2004 (AC 2005/64)⁶⁴–. Aunque, como observa Asua González, estableciéndose en nuestro ordenamiento dos regímenes de responsabilidad cuya intervención viene determinada por el hecho de que la conducta dañosa se configure o no como defectuoso cumplimiento de una relación obligatoria previa, parece, según la autora, difícilmente admisible que si el daño es contractual pueda serlo a la vez extracontractual o viceversa. Estaría de acuerdo con esta fundada opinión si la determinación por los Tribunales del tipo de responsabilidad fuese más clara y precisa, sobre todo, en estas cuestiones relacionadas con la calificación

⁶³ Adviértase que la consideración de la responsabilidad como contractual o extracontractual no resulta irrelevante, sobre todo si recordamos el diferente plazo de prescripción de las respectivas acciones, catorce años separan uno y otro plazo: quinquenal para la responsabilidad contractual –art. 1964 CC– anual para la extracontractual –art. 1968.2 CC–. Más acorde a una mejor «tutela judicial efectiva», sin duda el plazo de quince años de la responsabilidad contractual –cfr. at. 24 CE, proscriptivo de la indefensión–.

⁶⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., se refiere a la «progresiva difuminación de los criterios de distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual», en: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 25-29.

de la responsabilidad derivada de las actuaciones de los profesionales sanitarios⁶⁵.

En ocasiones se discute si la responsabilidad médica es, en un caso determinado, contractual o extracontractual. En este sentido, destaco la STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/914). Que terminó por reconocer la responsabilidad del médico, médica ginecóloga, en el caso de autos, por la parálisis cerebral en un recién nacido provocada por sufrimiento fetal agudo. También se han indemnizado los daños morales. Se infiere del FD cuarto que la responsabilidad civil debe ser la contractual del arrendamiento de servicios, y no se estimó por parte del centro médico una hipotética culpa *in vigilando* o *in eligendo*⁶⁶.

⁶⁵ Vid., ASUA GONZÁLEZ, C. I., al estudiar la «Responsabilidad civil médica», en el *Tratado de Responsabilidad Civil* (COORD. REGLERO CAMPOS, L. F., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 1048).

Obsérvese la declaración de la STS de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003/3929): «La actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa... dado que la salud humana así lo requiere y también lo impone, por lo que se incurre en responsabilidad, tanto contractual del artículo 1101 CC, como extracontractual del 1902» –cfr. FD primero–.

⁶⁶ Obsérvese que cuando estamos ante supuestos de responsabilidad médica y es extracontractual, se pone a cargo de los centros hospitalarios (o de sus propietarios) o del Estado, del INSALUD, por ejemplo, la responsabilidad dimanante de la defectuosa prestación de los servicios sanitarios. Se trata de la responsabilidad del empresario –art. 1903, párrafo 4.º, CC–, de marcado carácter objetivo, y fundada en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, esto es, negligencia en el control y elección de los dependientes, la cual, como regla general, es directa y solidaria con la del propio causante del daño –cfr. SAP-Guipúzcoa de 4 de mayo de 2005–. Aunque no referida a un caso de responsabilidad médica, la STS de 21 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6188) ha reconocido que la obligación de reparar el daño, en los supuestos de responsabilidad del empresario –piénsese en los casos que se analizan, en los centros médicos, el INSALUD...– se basa en una presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, o incluso en la creación de un riesgo, requiriendo solamente que exista una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa, entre el ejecutor causante del daño –en los supuestos analizados, del médico o profesional sanitario– y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad, porque el que recibe la utilidad de la gestión tiene que responder civilmente de la acción u omisión en que el agente pueda incurrir –cfr. FD segundo–. En este mismo sentido: cfr. STS de 10 de mayo de 1986 (RJ 1986/2678).

En relación a las posturas adoptadas por la jurisprudencia, *vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria», *Aranzadi Civil*, 1996, vol. III, pp. 161 ss. (BIB 1996/52).

Nótese que el Tribunal Supremo viene declarando reiteradamente que la circunstancia de que el perjudicado pueda entablar su reclamación directamente contra el empresario no significa que no esté en libertad de demandar únicamente, si lo desea, al empleado causante del daño. Así, la STS de 1 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9170) que recayó como consecuencia de la demanda formulada por un paciente contra un médico de la Seguridad Social –por lesiones consecuencia de las dosis excesivas de radioterapia–, alegándose la negligencia del médico en su actuación profesional. La sentencia proclama que el artículo 1903 CC no es incompatible con el artículo 1902 CC, de modo que la actora pudo haberse dirigido también contra la Seguridad Social, como personalidad que usaba los servicios del médico, pero nada le impedía que se dirigiera únicamente contra éste, como uno de los responsables solidarios –(SSTS de 30 de enero de 1986 [RJ 1986/339], 7 de febrero de 1986 [RJ 1986/446], 17 de febrero de 1986 [RJ 1986/685], 2 de abril de 1986 [RJ 1986/1788] y 2 de febrero de 1987 [RJ 1987/673]), entre otras–, porque fue él quien, con su conducta negligente en la aplicación de sesiones radioterápicas, incurrió en la base de la culpa extracontractual, al omitir un deber general y especial de cuidado que le afecta-

Adviértase que la protección al «consumidor o usuario» de los servicios sanitarios se observa con claridad en la STS de 18 de junio de 1998 (RJ 1998/5290), en un caso de culpa contractual, con condena al Institut Català de la Salut con base en el artículo 1101 CC, sentencia que declara aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, «en cuanto el paciente era consumidor (art. 1), utilizó unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 y ss.)» –cfr. FD tercero, *in fine*⁶⁷–. Como reconoce Asua González el fin de la conspiración de silencio en nuestros tribunales ha existido en torno a la inclusión de los servicios sanitarios en el régimen, considerado objetivo, del artículo 28.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y concluye que esta circunstancia determina una cada vez más frecuente invocación de este precepto junto o en lugar de los tradicionales fundamentos de responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil⁶⁸.

ba y que concurrió decisivamente al resultado –cfr. FD tercero–. En suma, como concluye De Ángel YAGÜEZ, el perjudicado puede demandar sólo al empresario, sólo al empleado causante del daño o a ambos a la vez.

Vid., Ángel YAGÜEZ, R. De, comentario al artículo 1903 CC, en: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2003-2034.

Nótese que la STS de 22 de junio de 1988 (RJ 1988/5124) falla contra el INSALUD, siendo demandada asimismo una enfermera; si bien ésta fue absuelta a pesar de ser la autora material del hecho dañoso y la STS de 12 de julio de 1988 (RJ 1988/5991) también se demandó al INSALUD, por asistencia médica defectuosa, pero se aplicó el párrafo 4 y no el párrafo 5 –referido a la responsabilidad del Estado, antes de la reforma operada por la Ley 1/1991, de 7 de enero–, del artículo 1903 CC. Esto es, se puso en juego la doctrina de la responsabilidad del empresario.

⁶⁷ Es importante para este trabajo, relacionado con la responsabilidad contractual, destacar que esta sentencia asumiendo, a la postre, la siguiente advertencia del Juzgado: el «ensanchamiento de la fuente de la responsabilidad contractual» –cfr. FD segundo–.

La sentencia se remite, en el caso de autos, a la legislación protectora de los consumidores y usuarios que, insisto, se ocupa, aunque con generalidad, de esta cuestión, así, el artículo 28.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al regular las *Garantías y Responsabilidades* en el capítulo VIII, reconoce sometidos a este régimen de responsabilidad los «servicios sanitarios». No podemos olvidar, tampoco, que la disposición adicional primera de la citada Ley, en relación con las cláusulas abusivas y en el apartado II, dedicado a la enumeración de cláusulas que pueden implicar una «privación de los derechos básicos del consumidor», se refiere, núm. 10, a «La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato por los daños o por la muerte o lesiones causadas al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél...». Lo que perfectamente es trasladable a los daños derivados de un mal o defectuoso cumplimiento de las obligaciones de los profesionales sanitarios. Y entre esos «daños» se podrían incluir los morales.

Se remite a los indicados preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, la STS de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668), en un supuesto, también de responsabilidad sanitaria –cfr. FD cuarto–.

⁶⁸ *Vid.*, ASUA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, p. 1032.

En efecto, la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores en cuestiones de servicios sanitarios resulta procedente, y así lo ha entendido la Sala de Casación Civil y

En este trabajo estudio el daño moral derivado del contrato. Entonces, el primer inconveniente que se plantea es la localización de dicho daño moral en los fallos que se refieran únicamente a la responsabilidad contractual derivada del contrato de servicios médicos o, en su caso, de obra, y esto es así debido a la cantidad de resoluciones que aprecian la responsabilidad contractual, extracontractual o bien se refieren al supuesto mixto de la unidad de la culpa civil o la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual. Así, si entre el dañado y el responsable existe una relación obligatoria es posible plantear la reclamación con fundamento contractual y el fundamento será necesariamente extracontractual cuando se pretenda la reparación de quien no es parte de la relación obligatoria cuyo objeto es la prestación de servicios sanitarios. Ahora bien, son muchos los casos resueltos acudiendo a la yuxtaposición de responsabilidades⁶⁹. En este sentido, destaco la STS de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8057). En el caso enjuiciado resultó que el facultativo al no advertir la existencia de un cuerpo extraño intraocular y hacer así imposible el tratamiento adecuado provoca la pérdida de la visión del paciente, se responsabiliza, entonces, al médico solidariamente con la entidad aseguradora para la que trabajaba. Se trató, en el caso de autos, de un supuesto de yuxtaposición de culpas: la contractual (referida a la relación aseguradora-asegurado) y la extracontractual, en relación a la actuación del médico en su tratamiento al enfermo, habida cuenta de que «en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada a un paciente concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual (SSTS de 7 de febrero de 1990 [RJ 1990/668] y 22 de febrero de 1991 [RJ 1991/1587]) actuando la extracontractual para completar la contractual (SSTS de 11 de

con especial referencia al artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, además de la ya citada STS de 18 de junio de 1998 (RJ 1998/5290), pueden confrontarse: SSTS de 1 de julio de 1997 (RJ 1997/5471), de 21 de julio de 1997 (RJ 1997/5523), de 9 de junio de 1998 (RJ 1998/3717), de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9427), de 24 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7272), 19 de junio de 2001 (RJ 2001/4974), de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10404), de 30 de enero de 2003 (RJ 2003/931), de 31 de enero de 2003 (RJ 2003/646), de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004/1823), de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7238), entre otras.

⁶⁹ La determinación de cuándo y respecto de quién existe la aludida relación obligatoria es algo que se habrá de realizar a la vista del caso concreto –como estima ASUA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 1040 y 1041–: Si una persona contrata con el titular de un centro hospitalario, la eventual reclamación contra el mismo podría ser contractual, pero tendría obviamente que ser extracontractual la que se dirigiera contra el profesional sanitario al servicio del centro y causante del daño. Si, por el contrario, se contrata con el médico que conduce al paciente a una clínica, la fundamentación de la demanda contra el médico causante del daño podría ser contractual mientras que, si procediera, tendría que ser extracontractual la reclamación contra la clínica.

marzo y 8 de julio de 1996 [RJ 1996/2415 y RJ 1996/5663])» –cfr. FD quinto–.

He defendido la importancia de la reparación del daño moral que puede resultar del contrato de servicios médicos; tal vez, precisando un poco más, aún se justificaría más cuando estamos ante lo que la jurisprudencia ha venido conceptuando como medicina voluntaria, que hace que lo que habitualmente es una obligación de medios, de actividad, un contrato de arrendamiento de servicios se transforme en una obligación de resultado, en un contrato de obra o de arrendamiento de obra, sin perjuicio de defender también la exigencia de reparación de los daños morales en los supuestos de obligación de medios; pero, insisto, con mayor razón en el caso de la medicina voluntaria, que puede enmarcarse en el contrato de obra más que en el de servicios. No en vano, los Tribunales insisten en que dicho arrendamiento de obra «propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que si no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada» (cfr. SSTS de 25 de abril de 1994 [RJ 1994/3073] –FD tercero–, 2 de diciembre de 1997 [RJ 1997/8964] –FD tercero *in fine*⁷⁰–, de 11 de mayo de 2001 [RJ 2001/6197] –FD sexto–, entre otras)⁷¹.

⁷⁰ El supuesto de autos –STS de 2 de diciembre de 1997– se calificó de perteneciente a la medicina «voluntaria», en efecto, lo solicitado por la paciente era un alargamiento de piernas «alargamiento tibial» ya que la paciente, por entonces de 16 años de edad, «deseaba alcanzar, cuando menos la estatura de su madre». Se estima la responsabilidad médica y se condena, solidariamente al INSALUD y al Hospital General de Asturias. Considero que, en este caso, se ha perdido la ocasión de reclamar los daños morales.

⁷¹ En relación con la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, destaco el importante estudio realizado por JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultados», *Anuario de Derecho Civil*, 1991-I, pp. 5 ss.

Nótese que la sentencia que marcó el comienzo de considerar generalizada la obligación de medios y no de resultado en cuanto a la actividad derivada de la prestación médica y sanitaria en general ha sido la STS de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986/2824) que, en relación con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, estimó que «no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado) sino una “obligación de medios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica» –cfr. FD tercero–. Con gran precisión realiza la distinción, y reconduce la obligación de actividad o de medios, a la medicina «curativa» al contrato de servicios y la obligación de resultado, en la medicina «voluntaria» o «satisfactiva», al contrato de obra, la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197) de la que se infiere que si las obligaciones médicas se encuadran en una medicina curativa, es decir, en los supuestos en los que una persona acude al facultativo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en cuyo caso, el contrato que lo liga con el paciente cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios –contrato de servicios médicos, diría yo–; en aquellos otros supuestos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, se acude al médico para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como el supuesto que estudia el caso de autos –concepción de hijo tras operación de vasectomía–, para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual–, de forma tal que permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de

Nótese que últimamente la jurisprudencia ha venido calificando la obligación del médico en la medicina voluntaria de obligación de medio acentuada o intensificada, por cuanto si bien no se garantiza el resultado, por el componente aleatorio inherente a toda actuación médica, debe partirse de una «cierta garantía» en su obtención, pues de lo contrario el «cliente», que ya no paciente, no se sometería a la actuación médica, siendo especialmente relevante en estos casos la exigencia de una información rigurosa y exhaustiva sobre todos los riesgos y alternativas de la intervención e incluso de la eventualidad de un mal resultado –en este sentido se ha pronunciado la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197) –FD sexto⁷²–. Esa exigencia de una información rigurosa se realiza a través del denominado «consentimiento informado» que, como reconoce la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197), constituye un derecho humano fundamental reconocido en los textos internacionales de derechos humanos y en el Derecho interno español, en concreto en el artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que declara que: «Todos tienen los siguientes derechos respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: ... 5. A que se le dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal

arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue –cfr. FD sexto–. Distingue entre las categorías de obligación de medios y de resultado y la obligación de eficacia, FERNÁNDEZ COSTALES, J., en: *La Responsabilidad Civil Sanitaria (Médica y de Enfermería)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1995, pp. 69 ss. Ya que me he referido a las dos primeras, veamos lo que califica este autor como «obligación de eficacia»: la considera derivada de la *lex artis ad hoc* y que está compuesta por los deberes profesionales de poseer los conocimientos técnicos necesarios en función de la especialidad que desarrolla el médico, así como el deber de continuidad del tratamiento, es decir, la vigilancia posterior al mismo derivada de la evolución del paciente. Cfr., el artículo 7 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, que somete el funcionamiento del Sistema de Salud, entre otros, al principio de eficacia. A mi juicio, pueden encuadrarse dentro de este supuesto, por ejemplo, los casos resueltos por las siguientes sentencias: STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7465), si bien en un caso de responsabilidad extracontractual de la clínica y del INSALUD, por resultar acreditado la «escasez de medios» que de hecho obligó al traslado del menor intervenido a otro centro médico-quirúrgico y ello «evidentemente supone la falta de adecuación del establecimiento para esta clase de operaciones»; por otra parte, la STS de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004/5890) en un caso de responsabilidad de profesionales sanitarios, estimó la existencia de responsabilidad con error en el diagnóstico por la *no realización de todas las comprobaciones necesarias, atendiendo al estado de la técnica*.

⁷² Cfr., en este sentido, la SAP-Barcelona de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/117231) –FD tercero–.

En esta línea, de asociar la medicina «voluntaria», con un mayor rigor en la exigencia de consentimiento informado, se pronuncia la SAP-Valencia de 27 de diciembre de 2004 (AC 2005/288) cuando concluye, haciendo suya la doctrina de la STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10164), que en los casos próximos a la medicina «voluntaria», el deber de información es inexcusable como comprendido en las reglas de la *lex artis ad hoc* –cfr. FD tercero–.

y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento»⁷³.

Adviértase que, la posible indemnización del daño moral derivado de esa falta de consentimiento informado adquiere en la medicina voluntaria mayor relevancia que en la medicina curativa. Así ha manifestado la Jurisprudencia, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que: «En el caso de la medicina satisfactiva, la obligación de informar y el consentimiento del paciente adquieren perfiles propios» –STS de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/7799)– y que «... esta Sala observa que en la medicina satisfactiva los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria» –STS de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005/4902)–.

Destaco los supuestos en que la falta de una adecuada información o la falta del mencionado consentimiento informado pueden, o deberían, ocasionar la procedencia de la reparación del daño moral, sobre todo nos encontramos con numerosos fallos jurisprudenciales que resuelven casos de nacimientos de hijos no deseados o de hijos con deficiencias... Es entonces cuando se acude a la conocida doctrina que no es nueva en la jurisprudencia española y que estudia los supuestos conocidos con la expresión inglesa de *wrongful conception* y, en ocasiones, también con la *wrongful pregnancy*, que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas.

Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se

⁷³ RUBIO TORRANO, E. –en «Derechos fundamentales y consentimiento informado», *Aranzadi Civil*. Parte Tribuna, núm. 19/2001 (BIB 2002/7)– estima que si el deber de informar es uno más de los que componen la *lex artis*, el artículo 1258 CC, por ejemplo, ofrece base suficiente para una condena.

También se refiere a este «derecho humano» y constitucional la STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3). Cfr. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966; el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, y la Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 3 señala que: «1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley».

habla de *wrongful birth*, y de *wrongful life*, si quien lo hace es el propio hijo⁷⁴.

Se refiere al primer caso: *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* el recurso resuelto por la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197) –cfr. FD sexto, al principio–, se había producido el nacimiento de un hijo tras la operación de vasectomía y se habían reclamado los daños morales por el nacimiento del cuarto hijo no deseado además de los perjuicios económicos; si bien se desestimó la demanda contra la demandada que practicó la vasectomía al actor, sin resultado positivo, con nacimiento de un nuevo hijo; tanto el Juzgado como la Audiencia y el Tribunal Supremo consideran que sí ha habido el correspondiente deber de información frente a la conducta del propio demandante desoyendo las instrucciones del post-operatorio⁷⁵. Sin embargo, en un supuesto similar,

⁷⁴ En este sentido, destaco la SAP-Las Palmas de 25 de enero de 2005 (AC 2005/339), en el caso que enjuicia, ante la falta de información adecuada a la paciente con descarte unilateral por el médico de amniocentesis que hubiera revelado la cromosomopatía y le hubiera permitido optar por la interrupción legal del embarazo, se ha producido, como resultado final, el nacimiento del niño con gravísimas secuelas y malformaciones. Por lo que resultaron condenados, el médico y la entidad médica: Técnicas y Diagnósticos, S. L. Se acude a las denominadas acciones: *wrongful birth* –formulada por los padres contra el facultativo– y *wrongful life* –quien la ejercita es el propio hijo–. En la primera –acción de *wrongful birth*–, se aduce, como fundamento de la pretensión articulada por los progenitores demandantes, que la falta de detección o, en su caso, de información sobre la eventualidad de una concepción o nacimiento de su hijo con enfermedad congénita les despojó de la opción de tomar una decisión informada y, por ello, libre sobre la posible interrupción o no del embarazo en curso. En la segunda –acción de *wrongful life*–, el hijo actor arguye que no habría nacido soportando los padecimientos propios de su patología, si no hubiera habido, con conexión causal, un dictamen médico desacertado.

⁷⁵ En efecto, «el actor mantuvo relaciones sexuales con su esposa en el período postoperatorio en el que todavía no era apto para realizar el acto sin adoptar ningún medio anticonceptivo, al tener constancia de los análisis que le habían realizado que todavía tenía espermatozoides vivos y que por tanto no podía reanudar su vida matrimonial de forma normal» –FD tercero–.

Vid., RUBIO TORRANO, E., «Derechos fundamentales y consentimiento informado», *Aranzadi Civil*, Parte Tribuna, núm. 19/2001 (BIB 2002/7). Cfr., también PARRA LUCÁN, M.^a A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, Parte Estudio, núm. 2/2003 (BIB 2003/284).

La STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073) resuelve otro supuesto de procedencia de responsabilidad después de una operación de vasectomía, se produce una negligencia del profesional derivada del incumplimiento de informar al cliente de lo necesario para evitar que la reanudación de su vida matrimonial en forma normal condujera al embarazo de su esposa. Se aprecia que entre la omisión del deber de información y el posterior embarazo de la esposa del actor, existe nexo de causalidad suficiente «creyendo ser ya estéril y desconociendo la reversibilidad de su estado, comenzó a hacer vida marital normal, sin adoptar ningún tipo de precaución que tendiera a evitar la concepción». Nótese que la sentencia, en el FD cuarto, declara que no deja de resultar insólito que, ante el fracaso de la intervención a que voluntariamente se sometió solicite y se le otorgue no, desde luego, como indemnización por daños morales, sino como ayuda a la alimentación y crianza de los hijos, una cantidad que iguala, cuando no supera, a la concedida en caso de fallecimiento de los mismos.

En un supuesto análogo, de operación de vasectomía, la SAP-Valencia de 15 de abril de 2005 (AC 2005/942) se resuelve el caso en el que en el consentimiento informado no se

sí se indemnizaron los daños morales a una mujer a la que no se informó de la posibilidad de volver a quedar embarazada tras una ligadura de trompas. Se trata de la STS (Contencioso-Administrativo) de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005/4902), se indemnizan los daños morales, «de especial relevancia en sus condiciones en cuanto era sabedora de que de su estado podía derivarse daños para su visión, circunstancia de incertidumbre y temor que por sí sola configura dicho daño moral» –FD sexto–. Se concluye que de esa falta de consentimiento informado, se ha derivado para la recurrente un daño moral, lo que determina que nos hallemos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ⁷⁶.

Un caso de aplicación de la conocida en el Derecho americano como *wrongful life*, –acción que ejercita el propio hijo, aunque, en el caso de autos, tal vez empleando no demasiado afortunadamente aquella expresión: la que recurre es la que ha sido gestante– aparece resuelto por la STS de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4610), en el caso de autos, procede la responsabilidad médica ante el nacimiento de un niño con síndrome de Down, cuando había existido una falta de notificación a la madre del fracaso de la «amniocentesis» realizada en el plazo en que era legalmente posible la interrupción voluntaria del embarazo ⁷⁷. Se aprecia la negligencia del médico que no comunicó a tiempo dicha circunstancia y se declara la corresponsabilidad del Servicio Sanitario de que dependía. Se concluye en el FD tercero que «... aquí surge la figura conocida en el Derecho americano con el nombre de *wrongful life* –el niño que nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido–; ahora bien, el daño derivado del referido dato no es patrimonial».

Desde luego que se conocen otros supuestos de reparación de daños morales derivados de la falta de consentimiento informado o de información suficiente distintos de estos que se han destacado, en el ámbito del nacimiento de hijos no deseados o de hijos

había hecho constar el riesgo o posibilidad de una recanalización espontánea de los conductos deferentes que conllevó embarazo posterior. Se reclama del facultativo y de la entidad aseguradora el daño moral «constituido por los perjuicios derivados de la frustración de la decisión de no tener más hijos, así como la alteración emocional y anímica que ello ha generado en sus relaciones de pareja y familiares» –cfr. FFD primero y segundo–.

⁷⁶ Cfr., en este sentido: STS (Contencioso-Administrativo), de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/7799).

⁷⁷ Se acude al artículo 10.5 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, ya transcrito, en relación al «consentimiento informado» y al artículo 9 del Real Decreto 2409/1986, que regula los centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción del embarazo; dicho artículo 9 establece la obligación para los profesionales sanitarios de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, con alguna excepción que no importa al caso.

con deficiencias o malformaciones. Así, por ejemplo la STS de 17 de octubre de 2001 (RJ 2001/8541) reconoce la actuación negligente del hospital demandado por sí mismo y por sus médicos como consecuencia del contagio de SIDA por transfusión sanguínea posterior a una cesárea, con incumplimiento del deber de información de los peligros y alternativas de la transfusión. Se indemnizan los daños y perjuicios y considero que deberían concretarse también la indemnización de los daños morales que, sin duda, se han producido.

Sí se declaró expresamente la reparación de los daños morales en la STS de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8126), en un supuesto de operación de estapedectomía con secuelas de pérdida total de audición del oído izquierdo. Se apreció la existencia de lo que denomina «consentimiento desinformado», por habersele privado al paciente de conocer de modo suficiente el alcance de su enfermedad y consecuencias de la operación practicada. Y declara que al tratarse de la responsabilidad médica cabe la yuxtaposición de los aspectos contractual y extracontractual; aunque en el caso que nos ocupa, señala, la relación se presenta más bien como propiamente contractual, al haber tenido la intervención en centro privado, lo que permite encuadrar la información médica omitida en el ámbito de la necesidad de actuar en forma acomodada a la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, por estar inserta en el pacto médico-enfermo –cfr. FD primero–. Se estimó la procedencia de la indemnización por daños patrimoniales, físicos y por daños morales causados.

Asimismo existió falta de información médica en el caso planteado por la STS de 22 de junio de 2004 (RJ 2004/3958). En una operación de reducción de mama para remediar dolores de espalda e inicial osteoporosis, se declara la responsabilidad médica, del médico cirujano, y se refiere al doble carácter de la obligación del demandado, de medios y resultados. Se consideró que se había incumplido la obligación de informar a la paciente de los riesgos de necrosis, como riesgo típico de la intervención. Se estimaron los daños morales por el patente resultado, verdaderamente catastrófico, de la intervención para una mujer casada y en edad fértil, puesto que además de no reducirle una de las mamas, la sí intervenida perdió por completo su zona areola-pezón y quedó con un aspecto totalmente deforme. Siendo indiscutible que ésta pasó por un trance prolongado en el tiempo y verdaderamente angustioso, con episodios tan crudos como presenciar la eliminación del tejido necrosado, y estando probado que el grado posible de reconstrucción de

la mama afectada nunca es total, la Sala entendió la procedencia de la indemnización por secuelas y daño moral –cfr. FD quinto⁷⁸–.

También se circunscribe en el ámbito de la denominada medicina voluntaria el caso resuelto por la SAP-Asturias de 7 de febrero de 2005 (JUR 2005/92204). La actora fue sometida a la operación estética de estiramiento cervice-facial, para reducir la papada bajo el cuello; operación que no ha dado el resultado previsto debido a la morfología de la paciente que dificultaba el éxito de la operación, lo que debió ser informado por el demandado. Por todo lo antedicho, se indemnizó el daño moral por el perjuicio estético sufrido. Me interesa destacar de este fallo jurisprudencial la observación que realiza el Tribunal, en relación a los supuestos calificados de medicina voluntaria, cuando considera que «la medicina voluntaria rigoriza la exigencia de la responsabilidad de la actuación médica cuando no se produce el resultado deseado y refuerza la exigencia y contenido del derecho de información que el paciente ha de recibir para dar su consentimiento pleno y consciente al acto médico quirúrgico al que se somete» –cfr. FD primero–. Esto también «refuerza» mi opinión de la más amplia resarcibilidad del daño, incluyendo la reparación de los daños morales, sobre todo, cuando estamos ante los casos de «medicina voluntaria», y que se agudiza, también en estos supuestos, el deber de información. Esta sentencia es un ejemplo más de la denominación poco afortunada de los fallos de Audiencias como de jurisprudencia «menor»⁷⁹.

Asimismo se estimó la existencia de responsabilidad *ex* artículos 1101 y 1104 CC, con la estimación de los daños morales, en la SAP-Madrid de 6 de abril de 2005 (JUR 2005/106736). Responsabilidad de la doctora al faltar un consentimiento informado debida-

⁷⁸ Por el contrario, también en un supuesto de reducción de mamas, resuelto por la SAP-Barcelona de 15 de junio de 2005 (JUR 2005/176329), sí se consideró la existencia de consentimiento informado: «... la información facilitada fue suficiente para que la paciente pudiera representarse los riesgos de la intervención y, en concreto, la posibilidad de una cicatrización antiestética». Y concluye esto después de aplicar la siguiente doctrina del Tribunal Supremo acerca del consentimiento informado y facilitada por la STS de 7 de marzo de 2000 (RJ 2000/1508) cuando estableció que «para que el consentimiento prestado sea eficaz es preciso que sea un consentimiento informado, es decir, que se preste con conocimiento de causa y para ello es preciso que se le hubiera comunicado cuáles eran las características de la intervención a que sería sometida, riesgos que conllevaba, alternativas...».

⁷⁹ En relación a otro caso de medicina voluntaria en el que, como reitera la jurisprudencia –cfr. STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10164)–, el deber de información es inexcusable como comprendido en las reglas de la *lex artis ad hoc*, la SAP-Valencia de 27 de diciembre de 2004 (AC 2005/288), asume aquella doctrina y estima la responsabilidad médica por falta de la información conveniente, como consecuencia de una alopecia no mejorada, después de un microinjerto capilar, y sometimiento a posterior fotodepilación para paliar su mal resultado, ante una cicatriz de importante tamaño. Ha procedido, además, la indemnización de los daños morales –cfr. FFD tercero y quinto–.

mente. Se trató de una intervención en ambos ojos de cirugía refractiva mediante técnica lasik por la doctora demandada que precisó de una segunda intervención. Procedió la reparación de los daños y perjuicios de orden moral. Daños morales «derivados de las secuelas y dificultades para determinadas actividades del demandante», como las deportivas –cfr. FD quinto–.

Es el momento de referirme a otros casos jurisprudenciales, distintos de los derivados de la falta de consentimiento informado que ponen de relieve la importancia de la reparación del daño moral derivado del incumplimiento o defectuoso cumplimiento del contrato de servicios médicos o, en su caso, de obra, como se ha aclarado. Destaco un grupo, el representado por los daños morales derivados de un concreto servicio médico, el de los estomatólogos o de los odontólogos. Adviértase que la Ley 10/1986, de 17 de marzo –regula la profesión de odontólogo y la de otros profesionales relacionados con la salud dental– ha resuelto definitivamente el conflicto de funciones que afectaba a diversos profesionales que intervienen en materia de salud dental al distinguir entre tres categorías de profesionales: los odontólogos, los protésicos y los higienistas dentales⁸⁰.

En los casos a analizar se observará que nos encontramos no ante la regla general ya que, como se ha reiterado en numerosas sentencias –se ha comentado en este estudio–, la obligación del médico es una obligación de actividad (o de medios) en el sentido que debe prestar al paciente el cuidado correspondiente a su enfermedad, en los supuestos que veremos, estamos ante la excepción: cuando esa obligación de medios se transforma en obligación de resultado. Claro que estas afirmaciones han de hacerse con cautelas, ya que aunque la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales consideran las obligaciones asumidas por los odontólogos y profesionales afines como de resultado, derivadas de un contrato de obra y encuadradas dentro de la llamada medicina «voluntaria», algunos fallos siguen una posición intermedia al admitir que se trata de un contrato de obra, con obligación de resultado, pero inducen a confusión cuando se refieren «a la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el caso de autos» Así ha ocurrido en el caso enjuiciado por la STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2711) –cfr. FD cuarto–, que a la postre consideró el

⁸⁰ Norma desarrollada por el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, que concreta y define los conceptos de dichos profesionales.

En relación con estas cuestiones, *vid.*: BADENAS CARPIO, J. M., «La responsabilidad civil de los odontólogos, estomatólogos y protésicos dentales», *Aranzadi Civil*, 1996, vol. I. Parte Estudio, pp. 83 ss. (BIB 1996/20).

supuesto como de medicina voluntaria. Se trató de un supuesto de cirugía maxilofacial. En otros supuestos aun calificando la obligación del dentista como de medios y no de resultados, la SAP-Ciudad Real de 25 de octubre de 1995 (AC 1995/1828) estimó que existe responsabilidad del facultativo, pues «... siendo lo cierto que la actividad médica desplegada tenía un claro fin curativo limitándose la obligación del sanitario a poner los medios que la ciencia y la técnica médica aconsejan según el criterio de la llamada *lex artis ad hoc* (SSTS 2 de febrero de 1993 [RJ 1993/793 y RJ 1993/2545] o 5 de diciembre de 1994 [RJ 1994/9409]), siendo así que no se ha acreditado que se realizasen incorrectas maniobras en la extracción del premolar, pero no siendo menos cierto que *resulta evidente la existencia del resultado dañoso y la relación causa efecto entre la actividad médica desplegada y el daño causado...*» (la cursiva es mía) –cfr. FD segundo⁸¹–.

No faltan casos, aislados, que rechazan abiertamente que las obligaciones asumidas por este tipo de profesionales sanitarios sea de resultado y califican la obligación de medios y el contrato de servicios, como ha ocurrido en la STS de 4 de marzo de 1993 (RJ 1993/2001) en que, ante las secuelas producidas a consecuencia de una operación de extracción de las muelas del juicio, el Tribunal desestimó el recurso, absolviendo al demandado por entender que se trataba de una obligación de medios, no de resultados: «no habiéndose probado que los daños alegados se hayan causado por una técnica quirúrgica incorrecta, ni que se hubiera infringido la *lex artis*» cfr. FD segundo–.

Así es, si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente del contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay supuestos en que se trata de obligación de resultado en que el médico sí se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía, y se cita, también, entre ellos, los de odontología. Ahora bien, resulta peligroso o demasiado simplista, al menos en este tipo de medicina, establecer compartimentos estancos y colocar siempre la actividad desarrollada por los odontólogos en el ámbito de la medicina voluntaria,

⁸¹ Además, en el caso de autos, no se ha obtenido del paciente el necesario consentimiento con información previa de los riesgos que conlleva el acto médico.

Nótese que en este caso se condenó solidariamente al médico y a la entidad aseguradora y se encuadró el supuesto como de responsabilidad extracontractual, cuando bien se ha podido acudir a la responsabilidad contractual del médico.

como si de cualquier operación de cirugía estética se tratase. Así, distinguiría como medicina curativa y dentro del contrato de servicios con obligación de actividad (o de medios) aquellos casos de tratamiento de patologías dentales en general. En este sentido nótese que la Ley 10/1986, de 17 de marzo, al regular la profesión de los odontólogos y de otros profesionales relacionados con la salud dental, les asigna cometidos más amplios, incluso se refiere a las «actividades», nada dice de «resultados», que los simplemente estéticos, a saber: «Los odontólogos tienen capacidad profesional para realizar el conjunto de actividades de prevención, diagnóstico y de tratamiento relativas a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos» (art. 1.2.º)⁸². Por el contrario, si la finalidad fuese meramente estética o incluyese el implante de prótesis, por ejemplo, parece lógico que se espere un resultado concreto, lo mismo que cuando se trata del blanqueado de dientes o sustitución de piezas imperfectas, empastes, extracción de dientes o muelas, entonces nos referiríamos a un contrato de obra, con obligación de resultado.

Sí se ha estimado como un contrato de obra, con obligación de resultado y de medicina voluntaria el caso enjuiciado por la STS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/668) que, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: «... salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...» —cfr. FD cuarto⁸³—.

⁸² Además, insiste en la misma idea, el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, que desarrolla la citada Ley 10/1986, al delimitar las actividades del odontólogo, señala que: «El odontólogo está capacitado para realizar el conjunto de actividades de prevención, diagnóstico y tratamiento de anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca...» (art. 1).

Por otra parte, las obligaciones de los profesionales denominados higienistas dentales —profesión «creada» por la Ley 10/1986— considero que bien puede encuadrarse dentro de las de medios o actividad, en un contrato que podría calificarse de servicios ya que, por lo que se infiere de la citada Ley, no parecen obligarse a ningún resultado concreto. En efecto, el artículo 3.1.º de dicha Ley determina como sus atribuciones: la recogida de datos, la realización de exámenes de salud y el consejo de medidas higiénicas y preventivas, individuales o colectivas y la colaboración en estudios epidemiológicos.

En relación a los protésicos dentales —advírtase que en su condición de «fabricantes» de productos sanitarios estarían sometidos, además, a la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos— sí podría admitirse que su obligación es de resultados, derivada de un contrato de obra, por muy curativa o, por el contrario, voluntaria que sea la medicina que realizan. Véase lo que dice el artículo 2.2 de la Ley 10/1986: «Los protésicos dentales tendrán plena capacidad y responsabilidad respecto de las prótesis que elaboren o suministren...»

⁸³ Lo que en definitiva —reconoce la sentencia en el mismo FD cuarto— conduce a que la actuación de los médicos deba regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional.

Cfr., con esta misma idea, la STS de 28 de junio de 1999 (RJ 1999/4894) —FD tercero—.

Nos encontramos, en fin, ante la denominada medicina voluntaria, no curativa, aunque en determinados casos, también la medicina voluntaria sea curativa –cfr., por ejemplo: STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2711), FD cuarto–, aquí la relación contractual médico-paciente deriva del contrato de obra, por el que una parte –el paciente– se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico– por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso⁸⁴.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, se calificó de contrato de obra, con obligación de resultado, del que derivó la consiguiente responsabilidad y se han indemnizado los daños morales, el supuesto enjuiciado por la STS de 28 de junio de 1999 (RJ 1999/4894). Que considero que en el supuesto de autos está sobradamente justificado su encaje en esa medicina «voluntaria», por tratarse de un tratamiento para saneamiento de la boca con colocación de prótesis, porque al implantar las citadas prótesis, indudablemente, se espera también un resultado... En el caso de autos se incumplió el resultado al que se había obligado el odontólogo: tratamiento odontológico para el saneamiento de la boca, con colocación de prótesis. Se nos proporciona la doctrina general, concerniente a la naturaleza jurídica que unía a demandante, paciente, y demandado, médico, al aclarar que la relación jurídica de demandante y demandado deriva del contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis. Y califica el contrato: contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que como define el artículo 1544 CC, en relación con el artículo 1583 CC, es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. Se aprecia incumplimiento de la obligación de resultado que había contraído el médico en el contrato de obra, cuyo incumplimiento imputable al mismo produce la responsabilidad que consistirá, en el presente caso, en el cumplimiento por equivalencia, *id quod interest* que comprende la indemnización de los daños materiales y de los morales –cfr. FD cuarto⁸⁵–.

⁸⁴ Cfr. STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2711) –FD cuarto–.

⁸⁵ Al comentar esta sentencia, AGUILAR RUIZ señala que, en definitiva, viene este fallo a sumarse a una creciente corriente jurisprudencial que distingue dos regímenes de responsabilidad civil médica, en función de la clase de relación que una al facultativo con su paciente: la medicina *asistencial* y la medicina *satisfactiva*. Equiparándose la primera con el esquema del contrato de servicios, la responsabilidad del facultativo se desenvuelve en el ámbito de las obligaciones de simple actividad o de medios; esto es, adecuación a la *lex artis*; responsabilidad de carácter subjetivo (por culpa o negligencia); relación de causalidad adecuada y prueba a cargo de la víctima. Por el contrario, el ejercicio de la medici-

También se ha incumplido una obligación de resultado en el caso enjuiciado por la STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2711). Estamos ante un caso de medicina voluntaria, la relación contractual entre médico y paciente deriva de un contrato de obra. En el caso de autos se trató de una intervención quirúrgica, cirugía maxilofacial. Se apreció la responsabilidad del médico que le aconsejó y practicó la intervención quirúrgica y el Tribunal Supremo asume, con la sentencia de segunda instancia, dictada por la Audiencia Provincial, que se trata de una responsabilidad contractual, rechaza la alegación de prescripción y determina la culpa del proceder facultativo, cuantificando detalladamente los daños, aplicando para ello el artículo 1103 CC –cfr. FD segundo⁸⁶–.

En el ámbito de la responsabilidad médico sanitaria se acude con relativa frecuencia a la denominada «doctrina del resultado desproporcionado» o del resultado «enorme», y con relativa frecuencia en estos casos se indemnizan los daños morales. Aclara esta doctrina, la STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003/646), al señalar que la responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8816), 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9427), de 29 de junio de 1999 (RJ 1999/4895), 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8173). Se han indemnizado los daños morales –además exclusivamente dichos daños– en la STS de 30 de enero de 2003 (RJ 2003/931), que estimó la responsabilidad de

na satisfactiva, también denominada voluntaria –cerca al contrato de ejecución de obra– traerá consigo la asunción por el deudor de una obligación de resultado cuya no obtención origina, sin más, una responsabilidad «cuasi objetiva», de la que sólo podrá exonerarse mediante la prueba del caso fortuito *ex* artículo 1105 CC. Cfr., AGUILAR RUIZ, L., «Responsabilidad civil de odontólogos: un supuesto de incumplimiento contractual», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3/1999, pp. 175-180 (BIB 2000/488).

⁸⁶ También se ha responsabilizado a profesionales sanitarios relacionados con la salud dental en la SAP-Madrid de 19 de enero de 2004 (JUR 2004/251539) por incumplimiento de la *lex artis* en un tratamiento de implante dental. En el caso de autos resultó plenamente aplicable la doctrina de la yuxtaposición de culpas, según la cual cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro –*alterum non laedere* o *neminem laedere*–: hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual). Se indemnizaron los daños personales, materiales e inmateriales (morales). En relación a la prescripción de la acción no se ha aplicado el plazo de un año previsto en el artículo 1968.2 CC, sino el genérico de quince años contemplado en el artículo 1964 CC, para el ejercicio de las acciones personales –cfr. FD cuarto–. Por otra parte, en la SAP-Asturias de 24 de febrero de 2005 (JUR 2005/109159), se estimaron los daños morales. Se había extraído un diente equivocado y como consecuencia de ese error, debe ahora acometer el responsable la rehabilitación prostodóntica de esa arcada y se le condena al pago de las labores de rehabilitación más otra suma por el daño moral: «... configurando un daño moral compensable no necesitando de otra prueba directa de su existencia que la que resulta de la propia realidad de las cosas...» –cfr. FD tercero–.

un médico ginecólogo como consecuencia de la parálisis branquial obstétrica del brazo derecho en un recién nacido, provocada por arrancamiento de raíces nerviosas durante el parto. Como se ha señalado, se ha reclamado exclusivamente el daño moral sufrido por la madre y se modera la indemnización por el Tribunal de casación. Señala el Tribunal que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual) adoptada por el sistema judicial francés, que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción –cfr. FD segundo⁸⁷–.

⁸⁷ Con lo cual, esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado. A no ser, claro es, que tal autor, médico, pruebe que tal daño no deriva de su actuación, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8938), reiterada por la de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002/1004). Recientemente se ha acogido esta doctrina, y acudido a la jurisprudencia citada, por la SAP-Salamanca de 15 de abril de 2005 (AC 2005/1063). Sentencia que ha declarado la procedencia de la doctrina del resultado desproporcionado que incluye como excepción a la regla general en relación a la carga de la prueba, que, en otros casos, correspondería al actor, al paciente. En el caso enjuiciado, se trató de una intervención quirúrgica del demandante, intervenido por el demandado de una catarata en el ojo izquierdo mediante la técnica consistente en FACO+LIO, con el resultado de la aparición de una infección aguda conocida como «endofalmitis», tras ser dado de alta hospitalaria y que determinó la pérdida de visión en el referido ojo. Se admitió que ha habido omisión negligente por parte del médico en la puesta de medios de la *lex artis* para la curación o mejor tratamiento del paciente. Se afirmó la responsabilidad civil del demandado (médico). Ahora bien, la indemnización se ha fijado exclusivamente por la pérdida de la visión del ojo izquierdo, así como por el perjuicio estético de ella derivado. Aplicando el baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, Ley 30/1995, de tal manera que considera que no puede acogerse la pretensión del demandante de indemnización por daño moral: «al establecerse en el baremo, que el propio demandante admite como adecuado a los efectos de fijar la cuantía indemnizatoria, que en las indemnizaciones previstas en el mismo se consideran ya incluidos tales daños morales» –cfr. FD séptimo–.

Adviértase que la STS de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7238) –en un supuesto de responsabilidad médica derivada de un postoperatorio con tratamiento coronario agresivo e innecesario, productor de daños físicos y secuelas–, también ha recurrido a la técnica del resultado desproporcionado del que se deriva una responsabilidad civil médica que tiene como base la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a una negligencia, tesis que está dirigida a paliar la nada fácil situación procesal que se da para determinar la existencia de una responsabilidad médica, y que tuvo, como ya se ha señalado, como base diversas teorías: la adoptada por el sistema francés de la *faute virtuelle*, la alemana de la «apariencia de prueba», la prueba de presunciones, del sistema judicial italiano, la valoración por el paciente de la relación de causalidad... Según esta sentencia –FD sexto– todo esto aparece reconocido en nuestro Derecho y dirigido a la responsabilidad de establecimientos sanitarios –como es el caso de autos– para el caso de una deficiente atención médica u hospitalaria, en el artículo 28-2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que habla de los «servicios sanitarios» y que en su apartado primero establece una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva.

Insiste en esta misma teoría del resultado desproporcionado o enorme y precisa la doctrina sobre la carga de la prueba la STS de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668) cuando proclama que en sede de responsabilidad médica, tanto contractual como extracontractual, la culpa así como la relación de causalidad entre el daño y el mal del paciente y la actuación médica, ha de probarla el paciente. Esta doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en dos supuestos, amén de cuando el propio Tribunal de instancia ya lo ha probado: 1.º Cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de *locatio operis* (sentencias de 25 de abril de 1994 [RJ 1994/3073] y 11 de febrero de 1997 [RJ 1997/940]); y 2.º En aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas y probadas por la instancia el daño del paciente o es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las sentencias de 29 de julio de 1994 (RJ 1994), 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8938) y 21 de julio de 1997 (RJ 1997/5523) (sentencia de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998/634]) –cfr. FD segundo STS de 26 de marzo de 2004⁸⁸–.

V. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO O DE LA MALA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES QUE CONSTITUYEN UN VIAJE COMBINADO

La Ley 21/1995, de 6 de julio, de Regulación de los viajes combinados (RCL 1995/1978) –en adelante: LVC–, no prevé la indemnización del daño moral, si bien se podría inferir del concepto

⁸⁸ Se trató de un caso de asistencia médico quirúrgica reparadora o perfectiva, como consecuencia de la caída de bicicleta del hijo de la demandante, no se indemnizaron los daños morales porque el Tribunal Supremo, que no casa la sentencia de la Audiencia, ha absuelto a los demandados: médicos e INSALUD. Para el Tribunal: el tratamiento fue el adecuado a las circunstancias del accidente sufrido por su hijo, sin que alcancen a poder considerar la posibilidad de resultado menos dañoso por una mayor rapidez en las intervenciones, que no se acredita en modo alguno como posible para evitar el que se produjo.

En este sentido, la STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/914) en un supuesto de responsabilidad contractual de un médico ginecólogo como consecuencia de la parálisis cerebral en recién nacido provocada por sufrimiento fetal agudo, se incluyó la indemnización de daños morales. Se trató de un caso de daño «anormal o desproporcionado», que supone una excepción a que la carga de la prueba incumbe al paciente, y señala otra excepción: la situación de facilidad o disponibilidad probatoria –cfr. FD tercero–.

amplio de daño del artículo 11.2 que hace responder a los organizadores y detallistas de viajes combinados de los «daños sufridos por el consumidor», sin distinguir ni especificar, luego: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁸⁹.

Considero que ha sido una ocasión desperdiciada que a la hora de incorporar la Directiva 1990/314/CEE, de 13 de junio, Viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados (LCEur 1990/614), no se hubiese tenido en cuenta su artículo 5, apartado 2, párrafo cuarto: «Por lo que se refiere a los *daños que no sean corporales* que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones incluidas en el viaje combinado, los Estados miembros podrán admitir que se limite el resarcimiento en virtud del contrato. Dicha limitación será razonable» –la cursiva es mía– que claramente reconoce el resarcimiento del daño no patrimonial o moral y así ha sido interpretado, además, este apartado, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁹⁰, a través de la STJCE de 12 de marzo de 2002 (TJCE 2002/99), Simone Leitner (C-168/2000), apartado 11. Precisamente, en esta sentencia del caso Leitner, el Tribunal de Justicia ante la cuestión prejudicial planteada por el Landsgericht Linz (Austria), concluye, en su apartado 24 que procede responder a la cuestión planteada que «el artículo 5 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, en principio, confiere al consumidor un derecho a la reparación del perjuicio moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado», «la Directiva reconoce de forma implícita la existencia de un derecho a la reparación de los daños que no sean corporales, por lo tanto, del perjuicio moral» –apartado 23 de la sentencia⁹¹–.

⁸⁹ Cfr. NIETO ALONSO, A., «Viajes, vacaciones y circuitos combinados. Los remedios frente al incumplimiento –las “vacaciones frustradas”– y los derechos de los consumidores y usuarios», *Actualidad Civil*, núm. 13, 2005, pp. 1541-1562.

MARTÍN CASALS, M., opina que el artículo 11 LVC incluye la reparación del daño moral, en: «La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», *Revista General de Derecho*, 1999, núms. 658 y 659, pp. 9431 y 9432.

⁹⁰ Es importante destacar que, como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Luxemburgo): STJCE de 16 de julio de 1998 (TJCE 1998/178), *Silhouette Internacional Schmied* (C-355/96) –apartado 36–: si bien una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada como tal, contra dicha persona, un órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar las disposiciones del Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de una Directiva para alcanzar el resultado perseguido por ésta. Reitera esta doctrina la STJCE de 12 de marzo de 2002 (TJCE 2002/99), Simone Leitner (C-168/2000), apartado 11.

⁹¹ *Vid.* las conclusiones con la propuesta de respuesta al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en relación con la interpretación de la Directiva en punto a los daños morales, que realiza el Abogado General Sr. Antonio Tizzano, en el Asunto C-168/2000 (Simone Leitner contra TUI Deutschland GmbH & Co. KG): «El artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, debe interpretarse en el

Por otra parte, no se puede desconocer la tendencia a la protección de los consumidores y usuarios que se infiere de una rápida lectura del texto de la LVC y de la Directiva 1990/314/CEE. Y que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio, dispone en su artículo 2.1, entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, y en el apartado c) «La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos» –sin distinguir ni especificar–.

Ha sido la Jurisprudencia recaída en este campo de los viajes combinados y vacaciones, como en muchas otras ocasiones, la que ha salvado esta laguna del Derecho positivo español y se puede ya hablar de la indemnización del «daño moral contractual» como consecuencia de unas vacaciones malgastadas⁹².

En efecto, son muchos los fallos jurisprudenciales que aprecian la indemnización de los daños morales derivados de los viajes o vacaciones, reflejo de un criterio aperturista en este campo y de la adopción de una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y a los ataques a los derechos de la personalidad, como reconoce la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089) –FD segundo–. Sentencia que ante el problema concreto que se plantea de si la doctrina de la reparación de los daños morales es aplicable a la aflicción producida por un retraso en un transporte aéreo, después de señalar que evidentemente no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso de vuelo, admite que resulta incuestionable que debe repararse el daño moral derivado de aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna⁹³.

sentido de que debe considerarse al organizador y/o el detallista responsables también por los daños morales sufridos por el consumidor por la no ejecución o la mala ejecución del contrato de servicios combinados». Cfr. <http://curia.eu.int/es/index.htm>. Propuesta que ha sido tenida en cuenta por la STJCE Luxemburgo, de 12 de marzo de 2002 (TJCE 2002/99) –caso Leitner–.

⁹² Me refiero al daño moral contractual por ser consecuencia del incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de viaje combinado.

Trata de este «daño moral contractual» GARCÍA RUBIO, al estudiar el problema de las llamadas «vacaciones malgastadas», «*vacances gâchées*» de las que habla la doctrina y jurisprudencia francesa; «*mental distress*», la inglesa o de «*vacance rovinata*», la italiana. Vid., GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Montecorvo, Madrid, 1999, pp. 220-235.

⁹³ En el caso de autos, don Jordi E. S. reclama contra la compañía aérea Trans World Airlines Incorporated (TWA), con fundamento en los daños materiales y morales sufridos

Esta sentencia, como ha vaticinado Espiau Espiau, ha sido objeto de cita frecuente, probablemente, por acoger un criterio jurisprudencial que admite o incluye el denominado «daño moral» en la responsabilidad contractual. La sentencia culmina un proceso de extensión o ampliación del ámbito de aplicación de la noción de «daño moral» que ha venido desarrollando el Tribunal Supremo a partir de la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403). A juicio del autor, al comentar la STS de 2000, una situación de incumplimiento contractual ocasiona por regla general daños patrimoniales o materiales y puede ocasionar también daños morales o no patrimoniales, como consecuencia de la frustración o aflicción que el incumplimiento puede producir en el contratante perjudicado, máxime si, tratándose de un contrato bilateral, ese contratante ha cumplido ya sus compromisos⁹⁴.

La pérdida de maletas o equipajes o la demora en su entrega unido, en ocasiones, a un viaje de luna de miel producen, con frecuencia, la indemnización de este tipo de daños no patrimoniales. Además, puede declararse la compatibilidad de la indemnización por la pérdida de equipaje y daños morales, como ha ocurrido en la SAP-Baleares de 5 de mayo de 2004 (AC 2004/864), porque se extravía la maleta de la pareja en viaje de novios, que no se recupera hasta finalizado el viaje⁹⁵.

como consecuencia del retraso de ocho horas padecido por el vuelo TWA 900 que trasladó desde el aeropuerto John Fitzgerald Kennedy de Nueva York a Barcelona, previa escala en Lisboa, por las molestias, incomodidades y tensiones soportadas. Por lo tanto, en este caso se dan los tres requisitos. En primer lugar, el retraso fue totalmente injustificable porque obedeció al mero interés particular de la compañía aérea. No se debió a una de las muchas circunstancias (meteorológicas, seguridad, atribuibles a terceros, etc.) que pueden explicar una demora, sino a la propia conveniencia de TWA, de trasladar a Lisboa (donde había de hacer escala el vuelo Nueva York-Barcelona) un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en la capital portuguesa. En segundo lugar, el retraso resultó importante (diez horas). Y en tercer lugar, se dio la situación de aficción en la esfera psíquica. Y así, a la incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la demora, inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo, hay que añadir el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano y la situación de prepotencia contractual de la compañía. En este sentido, también, *vid.*: SAP-Cantabria de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005/100527).

⁹⁴ *Vid.*, ESPIAU ESPIAU, S., comentario a la STS de 31 de mayo de 2000, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54, núm. 1481, 2000, pp. 1282 y 1285. La STS de 9 de mayo de 1984, que se estudiará en otro apartado de este trabajo, ha sido comentada por IGARTUA ARREGUI, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5, núm. 136, pp. 1631 ss.

⁹⁵ Se reclama por los esposos contra «Spanair, S. A.», ante el extravío de la maleta facturada con el billete del esposo y utilizada por ambos para transportar sus enseres, el extravío fue temporal; pero se prolongó durante todo el viaje de novios, circunstancias que impidieron el normal disfrute del viaje.

Nótese que se hace, normalmente, responsable a la compañía aérea en los casos de pérdida de maletas y si se impone la responsabilidad solidaria se hace sin perjuicio de la posterior repetición contra quien se considere responsable del extravío –art. 1145-2 CC– (cfr. SAP-Vizcaya de 10 de enero de 2001 [AC 2001/600]). Sin perjuicio de eximir de responsabilidad directamente al detallista y al organizador aplicando el artículo 11.2 d) LVC, ya que

Y no sólo por pérdida de equipajes⁹⁶ sino por otras contingencias se indemnizan los daños no patrimoniales, con la particularidad, ya destacada de, en ocasiones, tratarse de una luna de miel porque, como explica la SAP-LLEIDA de 12 de marzo de 1998 (AC 1998/356), no es lo mismo hacer un viaje de negocios en que el único perjuicio que se produce al viajero es una incomodidad, fácilmente valorable económicamente, por la diferencia de precios entre un alojamiento u otro, que un viaje de placer, y concretamente la luna de miel, que suele ser o al menos solía ser único en la vida, en donde se buscan lugares adecuados, para poder disfrutar de unos días agradables, y se ven frustradas sus esperanzas al tener que dedicar casi todo ese tiempo que pensaban disfrutar, en discusiones, gestiones, incomodidades, etc., por lo que más que el daño económico que se les haya producido, es un daño moral, y la pérdida de unas vacaciones que difícilmente pueden repetirse, pues la ocasión se produce generalmente una vez –cfr. FD tercero–. Como se observa, se toma en consideración la finalidad del viaje⁹⁷.

cesará su responsabilidad ante determinadas circunstancias, y para lo que aquí importa, la prevista en la letra d): «Que los defectos se deban a un acontecimiento que el detallista, o en su caso, el organizador, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no podía prever ni superar». Precepto que aplicó la SAP-Valladolid de 1 de marzo de 2005 (AC 2005/554), ya que en el caso de autos se estimó que los acontecimientos acaecidos en las maletas de los actores consistentes en que estaban golpeadas y que presentaban los cierres forzados es algo que escapa de la responsabilidad de Viajes Barceló, que es un simple detallista.

También se indemnizaron daños morales por extravío de maletas «que al día de hoy no han aparecido» y se declaró la responsabilidad solidaria de la compañía aérea y la empresa organizadora mayorista, sin perjuicio de la repetición, en la SJPI-Palma de Mallorca de 30 de junio de 2004 (AC 2004/1811). La SAP-Madrid de 14 de mayo de 2004 (AC 2004/1542) ha tenido en cuenta para apreciar el daño moral, el importante retraso acumulado de siete horas, llegando el demandante, miembro de una misión comercial, sin equipaje a su destino, por lo que hubo de comprar ropa nueva y aunque recuperó la maleta al cabo de dos días, representan circunstancias que fácilmente hubieron de incidir de modo negativo sobre el estado de ánimo del demandante. También se condenó a una compañía aérea a la indemnización de daños morales ante el extravío temporal del equipaje, en la SAP-Alicante de 7 de octubre de 2004 (AC 2004/1995) por la necesidad de realizar una apresurada sustitución de ropas y demás artículos de primera necesidad y por la necesidad de tener que reiterar quejas y reclamaciones y dedicarse a la búsqueda y persecución de pertenencias en un tiempo de vacaciones navideñas, con el consiguiente agotamiento anímico. En un caso de retraso de equipaje: SAP-Madrid de 18 de febrero de 2005 (AC 2005/428). Se han indemnizado los daños morales por la desaparición de maleta y efectos con especial componente afectivo y frustración de la ilusión con la que se afrontó el viaje en la SAP-Baleares de 7 de marzo de 2005 (AC 2005/692). Cfr., también, la SJPI-Valencia de 24 de junio de 2005 (AC 2005/981).

⁹⁶ En otras ocasiones se indemniza por pérdida de otros objetos, como ha ocurrido en el caso resuelto por la SAP-Vizcaya de 25 de enero de 2005 (JUR 2005/79224), se estimó el daño moral por el retraso en la entrega de una silla de ruedas a una persona que padece minusvalía, silla que es elemento indispensable para la movilidad de un viajero, el Tribunal destaca que supone un incumplimiento relevante ya que no se trata de un simple equipaje, sino de un elemento indispensable, por lo que el supuesto excede con mucho de una mera molestia o incomodidad.

⁹⁷ Se apreció en el caso de autos la publicidad engañosa, al ofrecer a la pareja en viaje de luna de miel alojamiento en hotel inferior al ofrecido en el catálogo originándose,

Por no ser la finalidad del viaje la luna de miel en otros supuestos no se apreció el daño moral, como ha ocurrido en el caso resuelto por la SAP-Badajoz de 25 de octubre de 2004 (AC 2004/1858), en la que, a pesar de tratarse de un contrato de «paquete turístico» con prestación de un conjunto de múltiples servicios e incumplimiento general del programa, no se apreció el daño moral porque, según el FD cuarto: «No tratándose de un viaje de luna de miel, no ha lugar a la indemnización de daños morales, pues, en todo caso, los hoy apelantes no llegaron a ver tan frustradas sus expectativas ni llegaron a alcanzar tal grado de angustia y de ansiedad que nada más llegar a la Riviera Maya, se volvieron para su país de origen»⁹⁸.

Todo sin perjuicio de la estimación de daños morales por otras circunstancias, como la falta de información a los viajeros que les impide tomar la decisión de continuar o no el viaje⁹⁹; por pérdida de vuelos y de su importe, no imputables a los viajeros, derivándose los daños morales de la tensión, incertidumbre, incomodidad e inquietud...¹⁰⁰; por cancelación de vuelos que genera una aflicción o perturbación a quien acude a un aeropuerto y ve frustradas sus expectativas de viajar conforme a lo previsto por ella¹⁰¹; por la

además, incomodidades hasta su traslado. Asimismo, la SAP-Barcelona de 27 de junio de 2000 (JUR 2000/284377), en un caso de luna de miel, se estimó la responsabilidad solidaria de la agencia organizadora y la detallista, por la previsibilidad de que la zona se viese afectada por el huracán «Georges» y la falta de comunicación a los interesados de tal manera que se frustra el fin para el que contrataron el viaje, todo unido al hecho de que se trataba de su «luna de miel», que como dicen los apelantes no podrán volver a repetir –cfr. FD quinto–. Y la ya citada, por su importancia, STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089) apreció los daños morales por el retraso injustificado de un vuelo que produjo incomodidad, incertidumbre, inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios... –cfr. FD segundo–.

También se estimó la indemnización de los daños morales por contratiempos que han impedido disfrutar plenamente de un viaje de bodas de plata, en la SAP-Baleares de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002/100742) y en la SAP-Madrid de 11 de abril de 2005 (JUR 2005/111010), en un viaje por «bodas de plata», se indemnizaron los daños morales por el extravío de la maleta, que aunque con posterioridad se recuperó, se sustituye el disfrute del hotel y de sus instalaciones y el de los recorridos turísticos por la zona, por la realización de gestiones ante la compañía incumplidora y la realización de compras perfectamente inútiles si no se hubiera incumplido por la demandada.

⁹⁸ Sin embargo, aunque no se apreciaron los daños morales, sí se les reintegró a los viajeros la cantidad total abonada por tal viaje, al existir incumplimiento total, porque el viaje se contrató como un conjunto unitario no como una mera suma de prestaciones independientes –cfr. FD tercero–.

⁹⁹ Caso enjuiciado por la SAP-Madrid de 28 de junio de 2004 (AC 2004/1068), ya que en el viaje organizado por la demandada ha faltado información a los viajeros de la situación y características del terremoto en Turquía.

¹⁰⁰ Cfr. SAP-Madrid de 15 de junio de 2004 (JUR 2004/244852) indemnización de daños morales por las incomodidades que produjo a la demandante la imposibilidad de regresar a su domicilio cuando había previsto, precisamente al comienzo de las fiestas navideñas.

¹⁰¹ Cfr. SAP-Madrid de 16 de septiembre de 2004 (JUR 2004/299072).

preocupación por la pérdida de días de trabajo ¹⁰²; por la diferencia entre lo ofertado y los servicios en definitiva prestados ¹⁰³; por la angustia o el miedo padecidos, pues se había producido un retraso de vuelo con dos intentos de despegue abortados por pérdida de combustible del avión visible para los pasajeros y la pérdida de un día de vacaciones. Se indemnizan los daños morales por el miedo y el cuadro de ansiedad ¹⁰⁴; entre otras muchas circunstancias que ocasionan la estimación de los daños morales ¹⁰⁵.

En otro orden de preocupaciones, no puedo concluir este apartado sin hacer un breve *excursus* para referirme a los daños morales derivados de los supuestos de *overbooking* (vuelo excesivamente reservado o sobreventa) y consiguiente denegación de embarque. Nótese que la importancia del fenómeno hace que sea regulado por la Unión Europea por Reglamento del Consejo: Reglamento (CE) núm. 261/2004, de 1 de febrero, que establece normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y cancelación o gran retraso en los vuelos.

Si nos encontramos ante uno de estos casos, desde luego que acudiremos en primer lugar al citado Reglamento para averiguar los derechos que como viajeros o pasajeros nos corresponden. En este sentido el artículo 4 estudia, en general, las posibilidades que existen en los supuestos de *Denegación de embarque*, y esa es la rúbrica del artículo, el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo si prevé la posibilidad de denegar el embarque, pedirá que se presenten voluntarios que renuncien a sus reservas a cambio de determinados beneficios y recibirán asistencia de conformidad con el artículo 8: *Derecho al reembolso o a un transporte alternativo* (reembolso, vuelo de vuelta a punto de partida, conducción hasta el destino final en condiciones de transporte comparables...); si no hay suficientes voluntarios o no se presentan voluntarios, se deniega el embarque y en ese caso el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo deberá compensarles inmediatamente de conformidad con el artículo 7 (mediante la entrega de unas determinadas sumas de dinero, según los casos, que contempla el citado art. 7 intitulado:

¹⁰² Cfr. STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089), y en el mismo sentido se pronuncia la SAP-Barcelona de 19 de junio de 2002 (AC 2002/1248).

¹⁰³ Cfr. SAP-Valencia de 15 de marzo de 2005 (JUR 2005/107943).

¹⁰⁴ Cfr. SAP-Cantabria de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005/100527) –FD cuarto–. En la indemnización se aplica, analógicamente, el baremo del seguro de accidentes de circulación.

¹⁰⁵ Como el supuesto de la pérdida de un equipaje con la connotación de tratarse del equipaje de un profesor invitado a impartir conferencias en el extranjero, por la merma de prestigio que hubiera podido derivarse de la situación vivida y la afectación que ello tuvo al inicio de su actividad docente en Trencin (Eslovaquia).

Derecho a compensación, y, además de dicha compensación, deberá prestarles asistencia de conformidad con los artículos 8 (ya reseñado) y 9: *Derecho a atención* (alojamiento en un hotel, en determinados supuestos, comida, refrescos, transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento, llamadas telefónicas, télex, fax, correos electrónicos...); pero además, existe la posibilidad que, también, a mayor abundamiento, nos indemnicen los daños morales.

En efecto, ha procedido la indemnización de los daños morales en casos de denegación de embarque por *overbooking*, por ejemplo, en la SAP-Asturias de 26 de noviembre de 2001 (AC 2002/542), se indemnizaron los daños morales ante la pérdida de un día de vacaciones que se debió a la práctica del *overbooking*¹⁰⁶; en la SAP-Las Palmas de 20 de enero de 2003 (JUR 2003/196075), ante un caso de viaje combinado e incumplimiento contractual por no haber sido embarcados en el vuelo por causa de *overbooking* con la consecuencia de la pérdida de un día de vacaciones, se indemnizaron los daños morales. En otro supuesto, y debido a que el daño moral es provocado a los demandantes por el hecho de haber tenido que retrasar un día sus vacaciones debido a la existencia de *overbooking*, se indemnizaron los daños morales: SAP-Madrid de 15 de marzo de 2005 (JUR 2005/108037). Obsérvese que es frecuente la indemnización de daño moral cuando por causa del *overbooking* se pierde algún día de vacaciones o éstas se retrasan.

VI. DAÑOS MORALES DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES –¿CONTRACTUALES?– INHERENTES A UN CONTRATO TAN PECULIAR COMO EL MATRIMONIO

Sorprende que, frente a la tendencia generalizada a aplicar «remedios frente al incumplimiento», en el ámbito propio del Derecho de familia el recurso a los remedios indemnizatorios es limitado, silencio roto por escasas voces doctrinales que se ocupan del tema y por, también, escasos pronunciamientos jurisprudenciales¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Destaco el FD segundo, *in fine*, de esta sentencia, cuando justifica la indemnización del daño moral señalando que la actuación de la compañía demandada abocó a la pérdida de un día en un período vacacional de nueve; a lo que añade el disgusto que tal situación provocó, el temor generado una vez producido el retraso en el vuelo de Asturias-Madrid, a perder, como así ocurrió, el enlace con el vuelo de Madrid a La Habana, el tránsito acelerado en el aeropuerto de Barajas para lograr tomar aquél, y finalmente las reclamaciones ante Iberia y, ante la actitud de ésta, el ejercicio de acciones judiciales.

¹⁰⁷ A la jurisprudencia haré referencia. En relación con la doctrina, sí plantea la cuestión FERRER I RIBA, J., con su interesante estudio «Relaciones familiares y límites del

En este trabajo se estudian los daños morales derivados del incumplimiento contractual. Pasa, pues, esta investigación por el análisis de la naturaleza del matrimonio, sin desconocer que los Tribunales se han referido, en determinados casos, al carácter contractual del matrimonio y de los deberes conyugales: «por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio» –STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726) [FD tercero]– y se han referido al matrimonio como: «un contrato tan peculiar como el matrimonio» –STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901) [FD cuarto]¹⁰⁸–.

En relación a la opinión doctrinal acerca de la naturaleza del matrimonio, destaco la posición de Albaladejo cuando concluye que «... no hay inconveniente en decir que el matrimonio es un contrato», después de precisar que jurídicamente el acto creador del matrimonio es un acuerdo solemne de voluntades, las de los contrayentes, encaminadas a establecer la unión matrimonial. Por tanto, desde luego que, basándose en la voluntad de las partes, el matrimonio es un negocio jurídico. Aclara el autor que muchos lo califican de *contrato*, lo que sólo es admisible tomando la palabra *contrato* en el sentido de *acuerdo de voluntades* o negocio jurídico bilateral; pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en *materia patrimonial*¹⁰⁹.

derecho de daños», www.indret.com, Barcelona, octubre, 2001, pp. 1-21. Cfr., también, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.³, «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre miembros de la pareja de hecho», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003, pp. 65-93.

¹⁰⁸ En esta línea, la STS de 1 de julio de 1994 (RJ 1994/6420) –FD segundo– al referirse al caso enjuiciado se refiere a la aplicación, por la sentencia recurrida, de la normativa general que rige nuestro ordenamiento en materia de contratos, y aclara que «para esta jurisdicción el matrimonio lo es». Y, también, en este sentido, la SAP-Granada de 25 de enero de 2005 (AC 2005/873) en su FD primero dispone que «... al considerarse el matrimonio como un negocio jurídico incardinado dentro del Derecho de Familia, revestido de una condición cuasi-pública, no cabe duda que su visión contractual, que el ordenamiento jurídico destaca sobre la institucional, no impediría la aplicación a aquél, de las categorías que presentan la ineficacia del negocio jurídico en general».

¹⁰⁹ *Vid.*, ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 31 y 32. De «institución especialísima» califica el matrimonio LACRUZ, al destacar que el acto constitutivo del vínculo es un acuerdo de voluntades entre los contrayentes: la circunstancia de ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen establecidas de modo inderogable por el ordenamiento jurídico no le priva de naturaleza contractual, porque, dice, la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción de contrato, y por cuanto la indisponibilidad de los efectos no le viene al matrimonio de la ausencia de un consentimiento plenamente libre y autónomo, sino de la especialidad del objeto y de la causa. *Vid.*, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 40. Aunque considero que la autonomía de la voluntad está muy presente en el «contrato» matrimonial. Piénsese, incluso, en la libertad para determinar algo tan trascendental como su régimen económico matrimonial –cfr. art. 1315 CC–, o la fijación de su domicilio –cfr. art. 70 CC– incluso la decisión, no menos importante de la concepción o no de hijos, su número, una adopción, por no dejar de lado el espíritu de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley

Considero que no sería un error tan grave considerar como contrato al matrimonio, si bien, estoy de acuerdo con alguna sentencia cuando lo califica de «contrato peculiar»¹¹⁰. En principio, los contratantes consienten en unirse para cumplir con unos determinados fines y deberes inherentes al matrimonio y como dice el artículo 1254 CC: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». Además, a mayor abundamiento, alguna razón habrá tenido el legislador al redactar, conforme a la Ley 11/1981, el Código Civil e introducir el nuevo título III, *Del régimen económico matrimonial* –arts. 1315-1444 CC–, precisamente, en el libro cuarto, *De las obligaciones y contratos*.

La Jurisprudencia no ha sido pacífica y ha oscilado en la fundamentación de la responsabilidad dimanante de un incumplimiento, incluyendo la reparación del daño moral, en ocasiones en las normas de la responsabilidad extracontractual, en otras, en la responsabilidad contractual.

En efecto, la discusión sobre la compensación de los daños patrimoniales y morales causados por vulneración de los deberes

de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ya que pretende, según su exposición de motivos, «reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos. Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio». Además dicha exposición de motivos trae a colación la Constitución española de 1978 al señalar que la Constitución en su artículo 32 configura el derecho a contraer matrimonio según los principios y valores constitucionales y que de acuerdo con ellos, esta Ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial, y acude al artículo 10.1 CE que garantiza el respeto al libre desarrollo de la personalidad para justificar el reconocimiento a la mayor trascendencia de la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge, de lo que deriva que el ejercicio de su derecho a no continuar casado no pueda hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna.

Por otra parte se ha señalado por autorizada doctrina que si se prefiere reservar la categoría técnica del contrato para los negocios jurídicos bilaterales de contenido patrimonial o económico y, en consecuencia, hubiera que negar el carácter contractual del matrimonio, habría que decir también que, dentro del marco de los negocios jurídicos del Derecho de Familia, constituye un convenio o convención al no existir intereses contrapuestos que se contraponen como en el contrato, sino que las voluntades marchan paralelas para la consecución de una finalidad, en este sentido, cfr.: Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 63. Aunque cada vez más puede observarse que eso de que las voluntades marchen paralelas para la consecución de una finalidad puede ser un deseo, anhelo o una determinación... LASARTE dedica un apartado de su manual a «La tesis contractual», al estudiar la naturaleza del matrimonio y concluye que cabría decir que el matrimonio sería un contrato que carece de las notas elementales y características estructurales de los contratos, dado que el contenido o los efectos de la relación matrimonial se encuentran normativamente definidos y precisados, el matrimonio «es algo sumamente distinto a comprar un bien, celebrar un contrato de mandato, constituir una sociedad o alquilar una vivienda». Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, Pons, Barcelona, 2002, pp. 24 y 25.

¹¹⁰ Cfr. STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901) –FD cuarto–.

matrimoniales se planteó en los casos resueltos por dos sentencias de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo. Los dos supuestos, cuyo ponente es el mismo: Excmo. Sr. don Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa se caracterizan porque parecen acoger abiertamente el principio de la no reparación de los daños entre cónyuges, ni morales ni patrimoniales, estando la clave de bóveda del problema en la ocultación de la verdadera paternidad, consecuencia de la infidelidad de la esposa, de la que había resultado el nacimiento de hijos, cuya paternidad les había sido atribuida, con fundamento en las normas de la responsabilidad extracontractual, en un caso, y contractual, en el otro ¹¹¹.

Se trata de las dos relevantes sentencias:

STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721), que con fundamento en las normas de la responsabilidad extracontractual y después de prosperar la acción de impugnación de la paternidad interpuesta por su propio hijo don Jorge Ignacio R. C., don Gustavo R. S. reclama de doña María Concepción C. S. daños económicos por las cantidades de dinero entregadas en concepto de alimentos para don Jorge Ignacio y daños morales por haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad al descubrir su no paternidad. El Tribunal consideró irrelevante el adulterio a efectos indemnizatorios y basó su negativa al derecho a la indemnización del ex marido en la ausencia de una conducta dolosa por parte de la esposa al no estimar que con anterioridad a las pruebas de paternidad aquélla tuviera conocimiento de que el padre de don Jorge Ignacio no era el demandante don Gustavo R. S. De tal manera que concluye que: «Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del

¹¹¹ Precisamente, este debate entre la responsabilidad contractual y extracontractual se trae a colación por DE ÁNGEL YAGÜEZ al analizar la STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901) –que se estudiará– en la que se concede una indemnización por daño moral, como consecuencia de la declaración de nulidad del matrimonio; la sentencia limita su argumentación a la interpretación y aplicación del artículo 1269 CC, es decir, al dolo entendido como vicio del consentimiento; pues bien, estima el autor que jugar con la figura del dolo –en cuanto engaño producido a la esposa– no constituye el argumento jurídico más adecuado para dar lugar a la consecuencia reparadora o indemnizadora a la que la sentencia llega y concluye que la teoría más fundada le parece la extracontractualista: teoría de los que entienden que la responsabilidad radica en la violación del principio genérico *neminem laedere* o *alterum non laedere*, de no causar daño a nadie, con fundamento en el artículo 1902 CC y, por tanto, en la llamada responsabilidad civil, extracontractual o aquiliana, todos deben actuar socialmente con la debida diligencia, evitando causar perjuicios a los demás, lo que da lugar –como ya advertía Cossío– a un derecho a favor de todo ciudadano a no ser dañado en su patrimonio o en su persona por la conducta dolosa o negligente de otro. *Vid.*: ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE, «Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio», *La Ley*, 1986-2, pp. 711-714. Nótese que la SAP-Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994) sí apreció la responsabilidad extracontractual, por actuación negligente en la concepción y dolosa en la ocultación de la verdad biológica –sentencia que se examina en este epígrafe–.

artículo 1902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación del daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado la conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C...» –FD sexto¹¹²–.

Por otro lado, la STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726), con fundamento en las normas de la responsabilidad contractual y después de prosperar la acción de impugnación de la paternidad, interpuesta por doña María Ángeles B. D., don Alberto V. M. reclama determinada cantidad en concepto de daños morales y patrimoniales después de descubrir la no paternidad de sus hijos Sergio y Ariane. La sentencia, que no entra a examinar la pretensión de restitución de pensiones alimenticias por razones procesales, niega la indemnización por los daños morales al marido; sostiene que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es su consideración legal como causa de separación matrimonial, ya que no cabe comprometer la exigibilidad de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil dentro del precepto genérico del artículo 1101 CC, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar –FD tercero–.

Comenta esta sentencia Ragel Sánchez, que estima que si el varón es el infiel, su esposa nunca podrá creer que el hijo de la amante es suyo, en la mayoría de los casos no llegará a convivir y encariñarse con ese niño, ni llegará a pagar manutención o alimentos a su favor en la creencia de que es su descendiente. Por el contrario –señala–, si la mujer es infiel, puede ocurrir todo lo que

¹¹² No es de esta opinión RAGEL SÁNCHEZ, ya que para él, en la mayoría de los supuestos, la infidelidad es un incumplimiento conyugal doloso, porque el cónyuge infiel es perfectamente consciente de que está vulnerando un deber matrimonial, uno de los más relevantes, pues está incluido en los artículos que el juez, alcalde o funcionario leen antes de preguntar a los contrayentes y declarar celebrado un matrimonio (arts. 58 y 68 CC) artículo 58 CC que manda al Juez, Alcalde o funcionario la lectura de los arts. 66, 67 y 68 CC, antes de preguntar a los contrayentes si consienten en contraer matrimonio, y, artículo 68 que dispone que «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente». Nótese que en su nueva redacción, dada por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el artículo 68 CC, prevé, además, que los cónyuges también deberán «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». *Vid.*: RAGEL SÁNCHEZ, L. F., al comentar la STS de 30 de julio de 1999, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero/marzo, 2000, núm. 52, pp. 153-163.

sucedió en el supuesto comentado. Además, trae a colación la STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901), que resulta un fallo antagónico a las sentencias de 1999 que se estudian. En efecto, esta sentencia sí concede, sin ambages, a la mujer, una indemnización por daño moral, a consecuencia de la nulidad de su matrimonio, puesto que se había frustrado la idea lucrativa de asistencia material que comporta el matrimonio, así como la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida. El varón, don Ángel Pedro D. R., había afirmado que el contrato matrimonial era para él un medio de vencer la resistencia de la mujer, doña Marina A. P., y así lograr su apetencia carnal. Se expresa, además, como hecho probado por confesión del demandado, que «fingió casarse con ella sólo para disfrutarla, y con el fin de poseerla carnalmente hizo una comedia de matrimonio eclesiástico, pero con el propósito firme de abandonarla desde el momento en que se cansase físicamente de ella». Por lo tanto, se apreció como variedad, dentro de la conducta dolosa, una clara reserva mental como vicio de la declaración de voluntad al contraer matrimonio¹¹³. Y ante esta concesión de indemnización por daño moral a la mujer «sin problemas», Ragel critica, al analizar esta STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726), la especial y elevada sensibilidad de la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo hacia los sentimientos de la mujer –en la STS de 1985– y pone de relieve que *no existe la misma sensibilidad hacia lo masculino* –en la STS de 1999¹¹⁴–.

¹¹³ Resulta interesante confrontar con esta STS la SAP-Granada de 25 de enero de 2005 (AC 2995/873) –en la que se indemnizaron los daños morales a la esposa, como consecuencia de la nulidad de su matrimonio–, ya que en ésta el acento no se ha de poner en el quebranto de los deberes ético-sociales contenidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil que, por supuesto –y según esta sentencia– merecen un reproche de igual naturaleza (esto es: social, ético), sino en los hechos que, trascendiendo a lo objetivo, hicieron caer a la señora demandante, en la posibilidad de una realidad matrimonial, que el señor demandado no quería –cfr. FD primero–.

¹¹⁴ Cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario a la STS de 30 de julio de 1999, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero/marzo, 2000, núm. 52, pp. 153-163. Cfr. el comentario a la STS de 26 de noviembre de 1985, a la que me refiero, por IGARTUA ARREGUI, F., en *CCJC*, 10, núm. 256, pp. 3227 ss. El autor, después de aclarar que cuando se inició el asunto resuelto por la STS de 1985 no existía el artículo 98 CC –derecho a una indemnización del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo–, intenta explicar, con gran acierto a mi juicio, las tres posibilidades de obtener reparación de los daños derivados de la nulidad de un matrimonio, acudiendo a los artículos 98, 1270 y 1902 del Código Civil, destaca y se remite a la sentencia de instancia que habla (considerando 5.º) de «los dolores, amarguras y frustración sufridos por el engaño producido», frente a la STS que menciona tan sólo «la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida».

Adviértase que el antecedente a la sentencia de 1985 está constituido por la STS de 21 de enero de 1957 (RJ 1957/1133) que versaba sobre la reclamación entablada por doña Pilar contra doña Carmen. Doña Pilar había contraído matrimonio con don José, hijo de doña Carmen, matrimonio que luego fue declarado nulo, a instancias del referido José, que había alegado el temor reverencial a su madre que le indujo a manifestar su consentimiento. Si bien esta sentencia, frente a la de 1985, se articula sobre la doctrina de la responsabi-

Adviértase que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999 ha sido recurrida en amparo, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de noviembre de 1994 que había sido recurrida en casación con recurso desestimado por la Sentencia del Tribunal Supremo ahora recurrida en amparo, no admite el amparo el Auto del Tribunal Constitucional núm. 140/2001, de 4 de junio (RTC 2001/140 Auto). El Tribunal Constitucional estimó no vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. La pretensión de resarcimiento de los daños morales –únicos a los que se refiere la demanda de amparo– ejercitada por el demandante en el proceso civil del que trae causa el amparo, recibió una respuesta negativa por parte de la Audiencia y de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Por lo tanto el Tribunal Constitucional considera que la pretensión de la demanda de amparo queda reducida a un problema de legalidad ordinaria¹¹⁵. Y desde la perspectiva constitucional que le es propia estima que no cabe apreciar la vulneración del artículo 24.1 CE por parte de las Sentencias recurridas. El recurrente –sostiene– ha obtenido de los órganos judiciales una respuesta congruente (aunque desestimatoria), motivada y fundada en Derecho. Se declara así la inadmisión del recurso de amparo.

lidad extracontractual, mientras que la de 1985, no hace invocación, como se ha visto, a tal construcción jurídica, limitándose a aplicar la doctrina derivada del dolo como vicio de consentimiento. Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, pp. 705-710. Autor que, al referirse a la STS de 1985 estudia la no invocación, por la sentencia de la culpa aquiliana como fundamento del deber de indemnizar y concluye que la indemnización o reparación «que no encuentra fácil apoyatura en la sola teoría de los vicios del consentimiento, ni en la nulidad del matrimonio, entendida esta figura como modalidad especial o *sui generis* de contrato», p. 701, *op. cit.*

Ha de resaltarse que en el Derecho español se prevé en sede de nulidad la posibilidad de que se otorgue una indemnización al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo (art. 98 CC); pero fuera de este caso particular el silencio del legislador debe interpretarse como una negativa al resarcimiento de daños. Cfr. FERRER I RIBA, J., *op. cit.*, p. 15.

En la SAP-Granada de 25 de enero de 2005 (AC 2005/873) también se han indemnizado daños morales a la esposa a consecuencia de la actitud dolosa del otro contratante, derivando tal actitud dolosa, no sólo la nulidad matrimonial postulada –se aplicó el apartado cuarto del artículo 73 CC [error en las cualidades personales del señor demandado, cualidades que ocultadas por el mismo llevaron a aquélla a dar, de manera viciada el referido consentimiento]– sino también la esencia de las indemnizaciones (*sic*) que «no se ciñe a los meros daños materiales provenientes de un matrimonio contraído bajo sanción de nulidad, puesto que se extienden, asimismo, a los daños morales, que el contratante engañado ha sufrido tras la perversion, la actitud perversa, del otro». La indemnización por daños morales se cuantificó en 6.000 euros ya que la señora «ha sufrido un ataque perturbador de su personalidad, un pesar y una zozobra psíquica...» –cfr. FD primero–.

¹¹⁵ Recuérdese que cuando el Tribunal Constitucional declara que una determinada cuestión de derecho es «de legalidad ordinaria», con la ineluctable consecuencia de declararla ajena a su propia competencia, y propia exclusivamente de los Tribunales ordinarios, no por ello está despojando de toda consideración de constitucionalidad a dicha cuestión –cfr. STC 160/1997 (RTC 1997/160)–.

Una sentencia que puede resultar polémica; pero que a mi parecer debería sentar precedente y que constituye un cambio de criterio respecto al seguido por las SSTs, 1.^a, de 22 de julio de 1999 y 30 de julio de 1999 –estudiadas–, por conceder en esta la indemnización de los daños morales que las otras dos negaban, es la SAP-Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994). El supuesto de hecho es el siguiente: mediando matrimonio del actor don C. V. S. con doña A. R., nacieron cuatro hijos, pero ella mantenía una relación extraconyugal estable y duradera con don F. L. R. quien ha resultado ser el padre biológico de los tres niños más pequeños. Adviértase que se había estimado la acción de impugnación de la paternidad promovida por doña A. R. y que don C. V. S. formuló demanda contra doña A. R. C. y don F. L. R. y reclama solidariamente a su ex –esposa: A. R. C. y al padre biológico de los tres hijos: don F. L. R.–

El Tribunal –FD octavo– trae a colación la referencia al Tribunal Supremo Alemán que ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado ex §826 BGB por causación dolosa de daños *contra bonos mores* si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño como en el caso en que se haya engañado al marido sobre su paternidad¹¹⁶.

La Sentencia de la Audiencia acude, como remedio indemnizatorio a la culpa extracontractual ex artículo 1902 CC¹¹⁷. Estima probado que los demandados actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en su ocultación al actor, y que el posterior conocimiento de la verdad ha sido el desencadenante de un daño al actor que debe ser resarcido. Además el Tribunal realiza un examen en relación a la consideración del daño moral a través de la doctrina emanada del Tribunal Supremo y estima que puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, «cualquier frustración, quebranto o ruptura de los sentimientos, lazos o afectos...» –FD noveno– lo que indubitadamente se produce también, en mi

¹¹⁶ En Estados Unidos, el levantamiento de la inmunidad conyugal supuso, desde la década de los ochenta, la proliferación en las crisis matrimoniales de acciones de daños entre cónyuges por la causación intencional de trastornos emocionales (*intentional infliction of emotional distress*). Cfr. FERRER I RIBA, J., *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁷ Acude el Tribunal a la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721) cuando señala que la aplicación del artículo 1901 CC puede originar una reparación del daño causado que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral y que los perjuicios que reclama el actor deben ser resarcidos al amparo de este precepto –FD duodécimo de la SAP-Valencia que se analiza–. Advierto que, en efecto, la STS de 1999, en su FD sexto, reconoce que los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 CC vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado patrimonial y moral; pero en la STS de 1999 se concluye que «... no resulta aplicable al caso de autos... debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C...».

opinión, en los casos que se han estudiado. De tal manera que en el supuesto de autos se acredita la producción de un daño moral ¹¹⁸.

A mi juicio, en determinados casos como los que se han analizado a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo de 1999 que se han analizado –22 de julio de 1999 y 30 de julio de 1999–, sí procedería la indemnización de daños patrimoniales, que en concretos supuestos pueden ser muy elevados, por ejemplo, si se reclaman por el padre, que resultó no serlo, los daños económicos por las cantidades de dinero entregadas en concepto de alimentos y, si en su caso, si se hubiesen producido y demostrado, los daños extrapatrimoniales o morales por la humillación, deterioro de la familia, el honor, la «pérdida de hijos» que se creían propios, incluso por las secuelas psicológicas..., por eso considero digno de todo encomio el fallo de la SAP-Valencia que se acaba de examinar. Por todo abogo, defendiendo la necesidad de los remedios indemnizatorios, la responsabilidad, consecuencia de infidelidades, y ocultación dolosa de hijos siempre que resulten probados los daños patrimoniales y sean suficientemente evidentes los daños morales, de más difícil prueba; pero en todo caso obligada ya que la persona que reclama la responsabilidad, justamente la víctima, deberá acreditar ese daño.

¹¹⁸ La Sala condena, efectivamente, a los codemandados a indemnizar al actor la cantidad de 100.000 euros, cantidad que devengará los intereses legales desde la fecha de esta resolución, por considerar, como se ha señalado, que aquéllos actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en la ocultación de su no paternidad al demandante, siendo el posterior conocimiento de la verdad el desencadenante del daño sufrido por éste. Se rechaza toda indemnización por los daños patrimoniales, pues los alimentos satisfechos a los hijos no pueden ser objeto de restitución y las pruebas de paternidad – se reclamaba una cantidad por los gastos derivados de las pruebas de paternidad– no eran necesarias para el procedimiento, en todo caso lo serían para el de impugnación de la paternidad –cfr. FD undécimo–. Considero que los daños patrimoniales sí merecerían consideración, por una parte, los alimentos –entendidos, como siempre, en su más amplia extensión– se estaban prestando, ignorándolo, a hijos ajenos; por otra parte las pruebas biológicas, han sido también importantes, a mi juicio, en este proceso.

Al referirse a esta sentencia, y en relación con el daño moral que reconoce, CARRASCO PERERA consideró que el daño moral, a la vista de esta sentencia, acaba consistiendo en que el marido «pierde» a tres hijos. Considera el autor que resulta entonces que la fuente del daño no es la conducta infiel, ni el dolo siquiera, sino el descubrimiento de la verdad, «que ha sido el desencadenante del daño»: «Hipócritamente, no se reprocha el adulterio, ni el engaño sino la falta de prudencia que llevó a que todo se supiera». *Vid.*, CARRASCO PERERA, A., «El precio de la infidelidad», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 666/2005 (BIB 2005/806).

Cfr. LLAMAS POMBO, E., Editorial de *Derecho de daños. Práctica. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 25, marzo, 2005. El autor se pregunta si es sensato y jurídicamente razonable extender el remedio indemnizatorio absolutamente a todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social y duda que las relaciones jurídicas familiares puedan regularse o resolverse mediante un instrumento concebido y constituido para ámbitos y circunstancias totalmente diferentes. Claro que, también, afirma que duda «aunque no lo niego con rotundidad». Pienso que deja abierta una puerta a la posibilidad de defender el recurso a los remedios indemnizatorios en el ámbito del Derecho de familia, aunque, creo que deberá hacerse con cautela y ponderando, siempre, las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

De este apartado puede inferirse que la jurisprudencia se manifiesta oscilante a la hora de derivar el daño moral, unas veces de la responsabilidad contractual y otras de la responsabilidad extracontractual; pero en el primer apartado de este trabajo ya he aclarado que, a la postre, puede acudir a la pacífica jurisprudencia en relación a la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, al principio de la unidad de la culpa civil. Considero que no cabe duda que en los casos que se han analizado en este epígrafe ha podido apreciarse además de un incumplimiento de los deberes derivados del «contrato matrimonial», una violación del deber general de no causar daño a otro, *alterum non laedere*.

VII. OTROS SUPUESTOS RELEVANTES DE REPARACIÓN DE DAÑO MORAL POR INCUMPLIMIENTO O DEFECTUOSO CUMPLIMIENTO EN DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS

1. EL DAÑO MORAL EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Ni el Código Civil, ni la legislación especial de arrendamientos establecen, entre los posibles remedios frente al incumplimiento, el resarcimiento del daño moral, como es la tónica habitual, hecho que he aclarado en el apartado primero de este estudio, al destacar la escasa legislación que sí se ocupa expresamente de este tipo de indemnización. Por otra parte, la jurisprudencia en esta concreta cuestión, de la reparación del daño moral contractual en relación al contrato de arrendamiento no es la más abundante, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en el contrato de servicios –abogados y procuradores– o en el contrato de viajes. Por esto comienzo este apartado refiriéndome a un ejemplo que ha servido para clarificar dudas y que, precisamente, utiliza el contrato de arrendamiento.

Al referirse al «daño contractual no patrimonial», De Cupis, en relación a la resarcibilidad de dicho daño ha recurrido a un ejemplo para ilustrar el sistema y, como he señalado, utiliza un supuesto de contrato de arrendamiento. Se trata de un ejemplo bien conocido, del arrendador que se hace prometer del inquilino, no tocar el piano. Declara el autor que es vieja la observación de que en este caso no falta la patrimonialidad de la prestación, dado que el pacto de no tocar el piano aumenta el valor de arrendar la cosa (el arrendador, con ello, puede obtener un alquiler mayor de los otros inquilinos).

linos, al quedar liberados del fastidio de un vecino aficionado a la estridencia y a aporrear el piano). En consecuencia, la obligación constituye un vínculo jurídico válido y su incumplimiento ocasiona un daño contractual patrimonial (por cuanto recae sobre el interés patrimonial referente al *non facere* del inquilino) por supuesto susceptible de ser resarcido. Pero, además, la prestación negativa del inquilino es también apta para hacer surgir en la persona del acreedor un estado de bienestar neuro-psíquico, o sea, que se obtiene también una utilidad no patrimonial ¹¹⁹.

Tal vez la primera sentencia que ha estimado el daño moral en relación a un contrato de arrendamiento ha sido la STS de 28 de febrero de 1959 (RJ 1959/1086). Y si recordamos que lo habitual ha sido estimar este tipo de daños, los morales, en sede de responsabilidad extracontractual y no contractual, hasta la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403), que se estudia en este trabajo, puede resultar, hasta cierto punto, lógico, que, en la STS de 28 de febrero de 1959, a la que me refiero, para fundamentar la indemnización del daño moral se haya acudido, aun estando ante un caso de contrato de arrendamiento, al artículo 1902 CC ¹²⁰, a la responsabilidad extracontractual; aunque, como también se ha dicho en este estudio, esa circunstancia no es tan sorprendente si acudimos a la doctrina de la unidad de la culpa civil. El motivo esencial de la reparación de los daños morales –STS de 28 de febrero de 1959– ha sido que la sentencia de desahucio ha sido obtenida por medio de maquinaciones fraudulentas. El Tribunal admite que en el caso enjuiciado procede la indemnización del daño moral como compensación a los sufrimientos del perjudicado; luego, reconoce, es evidente que en el caso de autos es aplicable dicha indemnización por resultar probado que se han utilizado maquinaciones fraudulentas para obtener el desahucio por impago de rentas que originó perjuicios al demandante en la estimación pública al ser considerado como mal pagador al punto de ser lanzado por esta causa de su vivienda, lo que afecta al buen crédito de su persona –cfr. segundo considerando ¹²¹–.

¹¹⁹ Vid., DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 179 y 180. También formuló un caso parecido, WINDSCHEID, *Pand.*, Trad., vol. II, parte 1.ª, cit., p. 5, nota 3. Utiliza también el ejemplo CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral contractual», *Revista de Derecho Privado*, 1990, p. 9.

¹²⁰ «Los daños morales deben ser indemnizados discrecionalmente en función del artículo 1902 del Código Civil» –segundo considerando–.

¹²¹ Sin embargo, aun estimando la existencia de maquinaciones fraudulentas en un supuesto de desahucio por falta de pago de la renta, no ha procedido la indemnización de los daños morales en la STS de 15 de enero de 1993 (RJ 1994/437). En el caso de autos la arrendataria se hallaba de vacaciones, de forma que cuando regresó había sido lanzada del piso. Para estimar que los hechos entrañan maquinación fraudulenta, declara el Tribunal

Como podemos inferir claramente, un desahucio promovido por el arrendador puede actuar como bumerán contra el mismo arrendador cuando el arrendatario considere que se le desahucia con maquinaciones fraudulentas y el Tribunal aprecie la procedencia de la reparación del daño moral, tampoco será infrecuente que el arrendatario manifieste –como ha ocurrido en el caso de autos– haber sufrido «perjuicios en la estimación pública» y haber afectado el desahucio «al buen crédito de su persona».

Normalmente para indemnizar los daños morales derivados del contrato de arrendamiento se recurrirá al artículo 1101 CC, responsabilidad contractual derivada de dicho contrato, por incumplimiento o defectuoso cumplimiento, cohonestando los preceptos de la responsabilidad contractual, artículo 1101 CC, con otros preceptos del Código Civil reguladores del contrato de arrendamiento y con la aplicación, también de las normas especiales, por ejemplo, las de la legislación de arrendamientos urbanos. Así ha ocurrido en la STS de 11 de marzo de 2002 (RJ 2002/5691), que ha acudido a los artículos 1101 y 1554 CC, y especialmente al artículo 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964¹²². La sentencia estimó la indemnización de los daños morales, además de los patrimoniales, causados a la arrendataria de una vivienda que tuvo que abandonarla para buscar otra nueva, al ser declarada la ruina del inmueble «inminente» por el Ayuntamiento. Declara la sentencia que se puede valorar como indemnizable el incumplimiento contractual, causado por la entidad propietaria y arrendadora por no haber procedido, en su momento, a efectuar las reparaciones necesarias a que estaba obligada, facilitando de ese modo, por su proceder, «al menos negligente», la producción del estado de ruina de la finca, en perjuicio de los inquilinos y en beneficio de la arrendadora como consecuencia de las plusvalías obtenidas por la venta del solar del antiguo inmueble –cfr. FD cuarto–.

que el recurrido no empleó en la hipótesis discutida una elemental diligencia para averiguar la residencia momentánea de la recurrente, conociendo la de su hijo encargado del pago de las rentas y de gestionar por su madre las incidencias del arrendamiento. Aclara el Tribunal en su sentencia que el recurrido tenía para ello medios adecuados, pues el emplazamiento y citaciones edictales son medios supletorios a utilizar sólo como remedio último para la comunicación del órgano judicial con las partes, por lo que emplazándose no con medios adecuados sino por medio de edictos, pone de manifiesto un ánimo de impedir la oposición y defensa –cfr. FD cuarto–.

¹²² Nótese que dicho artículo, 107 de la LAU de 1964, impone al arrendador la obligación de hacer las obras necesarias a fin de conservar la vivienda o local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido. La LAU/1994 no introduce modificación a este artículo, por lo que afecta a arrendamientos celebrados antes del 1 de enero de 1995, por lo tanto seguirá siendo aplicable, mientras dichos contratos subsistan. cfr., en relación a dicha obligación del arrendador, el artículo 21 LAU/1994.

Sin embargo, en un supuesto de hecho muy similar, falta de reparaciones adecuadas y necesidad de búsqueda de nueva vivienda, también de incumplimiento de un contrato de arrendamientos urbanos, y aun tratándose de un contrato, se ha acudido, para indemnizar los daños morales o no patrimoniales, a la responsabilidad extracontractual, al artículo 1902 CC, aunque ha utilizado importantes argumentos para la justificación del recurso a la responsabilidad extracontractual en este caso de incumplimiento contractual¹²³. Se trata de la STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7447), en la que se reclamaron los daños morales por la parcial destrucción del hogar familiar y el forzoso éxodo en busca de otro donde guarecerse, debido al hundimiento de la techumbre de la vivienda arrendada. Para apreciar los daños morales se tuvo en cuenta el inmenso trastorno y la angustia ocasionada a la familia de los actores (matrimonio y cuatro hijos, teniendo el esposo recurrente amputada una pierna en operación reciente), que se vieron en la ineludible necesidad de abandonar su modesta vivienda y hubieron de acogerse en la casa de una familia e iniciar las difíciles gestiones para conseguir otra vivienda, que por fin les fue concedida por mediación del Ayuntamiento –cfr. FD tercero–.

Si bien lo más habitual es que la indemnización del daño moral corresponda al arrendatario, por incumplimiento del arrendador, no siempre ocurre de este modo. Así, la SAP-Barcelona de 22 de marzo de 2005 (JUR 2005/125185) declaró la procedencia de la indemnización de daños morales por parte del arrendatario a la sociedad arrendadora. Se recurre a las normas del Código Civil reguladoras del contrato de arrendamiento, en concreto al núm. 2 del artículo 1555 CC al disponer que el arrendatario está obligado a usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y en defecto de pacto, al que se infiera de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra –cfr., además, el art. 1556 CC–. Y ha sido así porque de la prueba practicada se desprende de forma inequívoca y notoria que la parte arrendataria dedicó el local arrendado al ejercicio de la prostitución, cuando en

¹²³ En efecto, declara la sentencia, FD tercero, que no basta que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la culpa aquiliana, sino que requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial; también señaló que en el supuesto ahora visto se ejercitó la acción extracontractual y de manera complementaria se invocó también el contrato arrendaticio; también reconoce que está bien aplicado el artículo 1902 CC aunque en la demanda por argumento *ad maiorem*, se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual. Y ratificando jurisprudencia reiterada estima también que «el Tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes» –cfr., también con esta última apreciación, la STS de 10 de mayo de 1984 (RJ 1984/2405)–.

el contrato celebrado entre las partes se hacía constar que «el local objeto de este contrato de arrendamiento será destinado única y exclusivamente a diseño de maquetas de interés cultural». Así las cosas, es evidente que en el caso de autos se ha producido un grave incumplimiento del contrato. Todo ello se concretó, en el caso enjuiciado y como dispone el FD tercero –al final–, en las quejas recibidas por parte de los restantes inquilinos del inmueble, algunos de los cuales expresaron su deseo de rescindir los contratos de arrendamiento que tenían suscritos, lo que conllevó efectivas molestias y problemas y, en definitiva, perjuicios morales, que no físicos, evidentemente, a la entidad demandante al ser la propietaria de todo el inmueble ¹²⁴.

Siguiendo con la jurisprudencia «menor»; pero en este caso en un supuesto de relación arrendaticia que nada tiene que ver con la legislación especial de arrendamientos y sí con la regulación común contenida en el Código Civil, destaco la SAP-Madrid de 2 de abril de 2004 (AC 2004/1598) en la que, ante una resolución unilateral de un arrendamiento, contrato en virtud del cual la actora utilizaba una habitación en la casa de la demandada y pagaba una renta mensual, se apreciaron los daños morales a consecuencia del modo resolutorio empleado, «sin previo aviso y de forma sorpresiva e inesperada» –cfr. FD segundo–.

También ha procedido la reparación del daño moral contractual en un caso de contrato de arrendamiento, no ya de vivienda sino de un teatro, así, en la STS de 21 de octubre de 1996 (RJ 1996/7235), ante la resolución unilateral del contrato, que provoca la suspensión de la obra programada y anunciada, e inexistencia de resolución bilateral pactada y faltando prueba del convenio extintivo del contrato, se declara la procedencia de la indemnización de los daños morales porque, como afirma el FD segundo, en el supuesto de autos se produjo un evidente ataque al prestigio y reputación artística de la recurrente, arrendataria, y con ello de su acervo extrapatrimonial, toda vez que al no haber podido representar la obra programada y anunciada, aparte de la natural desmoralización

¹²⁴ Aclara el Tribunal que es evidente que el ejercicio de la prostitución es una actividad molesta o incómoda, pues por la propia naturaleza de la actividad, la perturbación es constante y continuada la presencia de personas diversas en la finca, incluso en horario nocturno (pensemos en el horario del ejercicio de esta actividad normalmente), alterando el descanso de los vecinos (llamadas al portero automático, confusión de puertas o pisos...), a lo que se une la posibilidad de confusiones que pueden resultar incómodas y lamentables para quienes las sufren (como sucedió en este caso según declaración del representante de la sociedad propietaria). Y concluye estas argumentaciones el Tribunal afirmando que los hechos señalados determinan «que diariamente incidan en el natural sosiego de la vecindad, y, finalmente, en el presente caso incluso se vio alterada la intimidad de los vecinos del inmueble por la colocación de una cámara en la entrada de la finca».

en el elenco artístico que formaba la compañía, también se defraudaron en cierto sentido las esperanzas del público aficionado a esta clase de espectáculos, por privárseles de la posibilidad de asistir a la representación en las fechas que amparaba el contrato –cfr. FD segundo¹²⁵–.

2. DAÑOS MORALES DERIVADOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

La compraventa constituye el paradigma de los contratos a través de los cuales se realiza el intercambio o el comercio de los bienes y, de acuerdo con una muy extendida tradición histórica, es el contrato que dispone de una más amplia regulación legal. Nuestro Código Civil le dedica alrededor de ochenta artículos, lo que representa un conjunto normativo muy superior al de cualquier otro en tal campo legal¹²⁶.

¹²⁵ Asimismo y en relación con arrendamientos de distintos tipos, se han apreciado los daños morales. Como ha ocurrido en la SAP-Sevilla de 14 de junio de 2004 (AC 2004/1083). Que resuelve el caso de un arrendamiento de un local para celebrar una boda. Se había incendiado el cuadro eléctrico, y era necesario e ineludible par el pleno y adecuado aprovechamiento que posea sistema de climatización que facilita la estancia, normalmente prolongada. Se apreció falta de diligencia de la parte arrendadora ante sucesos perfectamente previsibles y evitables. Se indemnizaron daños y perjuicios, en su integridad los gastos en concepto de bebidas al no funcionar el sistema de frío industrial; además se indemnizaron los daños morales, ya que, como se reconoce en el FD quinto, *in fine*, la situación vivida por los contrayentes en un día caracterizado por la felicidad y alegría, es notorio que tuvo que ser de lo más desagradable y frustrante que sea posible imaginar, desde el inicio, porque cuando llegan al local se encuentran que no existe suministro eléctrico como consecuencia del incendio; el menú se ha servido con deficiencias, el calor era asfixiante, los invitados se retiran rápidamente, de modo que la previa alegría y felicidad se tornó en tristeza, zozobra, impotencia, angustia y frustrante realidad, que necesariamente ha de conllevar una compensación económica. Obsérvese como siempre que se estiman los daños morales aparecen acreditados esos estados de ánimo: «tristeza, zozobra, impotencia, angustia y frustrante realidad...».

Sin embargo, en un supuesto de hecho similar, alquiler de un inmueble para la celebración de un matrimonio, en la SAP-Madrid de 17 de marzo de 2005 (JUR 2005/111542) no se estimaron los daños morales aunque sí se reclamaban porque no se puso a disposición de los contrayentes la sala donde debía de celebrarse el baile y prestarse el servicio de barra libre, servicios, ambos, que tuvieron lugar en el mismo patio donde se había servido el almuerzo. No se estiman al final los daños morales porque considera el Tribunal que este cumplimiento defectuoso, que no equivale al incumplimiento total del contrato, no puede conllevar, a juicio de la Sala, la doble consecuencia contenida en la sentencia apelada consistente en el reintegro del precio pagado por el alquiler y el pago de una indemnización por daños morales que no se han justificado –cfr. FD tercero, *in fine*–. Por otra parte, según la SAP-Madrid de 29 de septiembre de 2004 (AC 2005/120) sí ha procedido la indemnización de daños morales, como consecuencia de haberse alquilado un órgano para una boda y haberse producido la incomparencia del arrendador con el instrumento en el lugar de celebración, por lo que actuó un cantante sin acompañamiento. En este caso se indemnizó el daño moral acudiendo a los artículos 1101 y concordantes del CC –cfr. FD segundo–.

¹²⁶ *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2003, p. 257.

Las sanciones, en caso de incumplimiento o mal cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato son varias, la de más rigor, tal vez, la resolución *ex* artículo 1124 CC, al tratarse de un contrato bilateral, recíproco o sinalagmático.

A pesar de la regulación prolija de este contrato, no contempla, sin embargo, como remedio frente al incumplimiento o defectuoso cumplimiento, la reparación de los daños morales. Considero que al tratarse de un contrato, en caso de incumplimiento se generará una responsabilidad contractual, luego, le será aplicable el artículo 1101 CC, y en esa indemnización de «daños y perjuicios», a la que se refiere, podríamos incluir, también, la reparación del daño moral¹²⁷. Y ya que la acción de resarcimiento *ex* artículo 1101 CC es compatible con la acción resolutoria en las obligaciones recíprocas *ex* artículo 1124 CC, también se puede añadir, y con la reparación del daño moral «contractual».

Si se estudia la última jurisprudencia que asocia la reparación del daño moral a un incumplimiento en el contrato de compraventa, se observa que los casos más numerosos son aquellos en los que, precisamente, se infringe la obligación principal que tiene el vendedor: la entrega de la cosa, y que deriva, en primer lugar, del artículo que inicia el elenco de los destinados a regular el contrato de compra y venta, me refiero al artículo 1445 CC, el vendedor se obliga a «entregar una cosa determinada» –cfr., también, arts. 1462-1473 CC¹²⁸–.

Adviértase que la entrega de la cosa no debe dejarse al exclusivo arbitrio de la voluntad del vendedor, se lo impide el artículo 1256 CC, que prohíbe dejar la validez o el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes –el vendedor, en este caso–. Insistiendo en esta idea, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio, al hacer una enumeración *ad exemplum* de cláusulas abusivas, en la disposición adicional primera, considera que lo es: «La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional» –cfr. disposición adicional primera I. 5.^a–, y destaco que en este trabajo una de las preocupaciones es la defensa de quien es consumidor o usuario¹²⁹.

¹²⁷ Obsérvese como la STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005/2614) en su resolución reconoce que «... parte del incumplimiento contractual y la responsabilidad que se deriva (art. 1101 CC) que comprende la indemnización por los daños morales» –cfr. FD quinto–.

¹²⁸ Cfr. REBOLLEDO VARELA, A. L., «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado (fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes)», *Aranzadi Civil*, núms. 6 y 7, 2005, partes I y II.

¹²⁹ Precisamente, se ha remitido a la legislación de consumidores y, en concreto, a la citada cláusula abusiva, la SAP-Baleares de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005/159306), que

En relación con supuestos específicos de retraso en la entrega de viviendas, traigo a colación la STS de 20 de diciembre de 1979 (RJ 1979/4446) cuando sienta que «la mora del vendedor en el cumplimiento de su obligación de entregar las viviendas enajenadas en la fecha en que debió efectuarlo, privó a los compradores del disfrute que de las mismas les correspondía por imperativo de lo preceptuado en el artículo 1468 del CC, disfrute que bien se exterioriza haciendo de ellas sus moradas, o bien mediante la percepción del precio cierto que reporta su arrendamiento, tiene un contenido económico pecuniariamente evaluable cuya acusada privación a los compradores es determinante de una lesión patrimonial de tan notoria realidad que le releva de toda otra prueba...» –cfr. quinto considerando–.

Por otra parte, incluso cuando se utiliza para fijar la fecha de entrega el adverbio «aproximadamente», no implica que no se estableciese plazo, ni que por tanto pudiera la demandada –vendedora– cumplir cuando le viniese bien sin derecho de la otra parte a reclamar los daños y perjuicios que pudiera producirle el retraso. En este sentido se ha pronunciado la SAP-Barcelona de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/117160) –cfr. FD segundo¹³⁰–.

Obsérvese como en un caso de retraso en la entrega del inmueble, trae a consideración el artículo 1256 CC, la SAP-Zamora de 30 de julio de 2004 (JUR 2004/278648), al imponer la condena a la mercantil demandada, vendedora, de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de su patente y relevante incumplimiento contractual, dado el largo retraso sufrido, por aplicación del artículo 1101 CC, sin olvidar que a tenor del artículo 1256 CC, el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, «y eso es lo que sucedería de quedar impune la morosidad en la entrega, pues quedaría al libre albedrío de la promotora el cumplimiento del pacto en cuestión». También hace

en un caso de retraso en la entrega de la vivienda se indemnizaron no sólo los gastos por la necesidad de arrendar otra vivienda, sino también los daños morales, ya que la certificación expedida por una doctora y la pericial psicológica efectuada por la perito judicial revelan que la actora presenta un alto nivel de ansiedad acompañado por un trastorno de angustia, siendo uno de los principales agentes estresantes productores del estrés el incumplimiento de la parte demandada, lo que ha generado un perjuicio moral a la actora.

¹³⁰ Si bien en esta sentencia no se han estimado los daños morales porque: «No se ha probado que la demora en la entrega de la vivienda haya ocasionado a los demandantes un daño físico o psíquico relevante, más allá de las lógicas molestias derivadas de tener que buscar otra vivienda donde fijar su domicilio, que no tiene entidad suficiente para hacerles acreedores de una indemnización por tal causa». Los daños y perjuicios sí se han concretado en el importe que tuvieron que satisfacer por el alquiler de una vivienda y parking durante ese período de tiempo que se han visto privados del derecho a serles entregada la vivienda.

Cfr., en el mismo sentido, la SAP-Barcelona de 28 de mayo de 2004 (JUR 2004/209328).

referencia a la reparación del daño moral: «Morosidad que incluso podemos entender que introduce frustración en el contratante que la soporta y no es ajena al consecuente daño moral producido en el ánimo del comprador, toda vez que ha quedado probado por el contrato y la propia admisión de la entidad demandada/vendedora, que efectivamente hubo un retraso en la entrega de la vivienda...» –cfr. FD cuarto–.

En ocasiones en estos casos de demora en la entrega de la vivienda, la indemnización del daño moral se cuantifica, también acudiendo a la doctrina de la «pérdida de expectativas», o de «pérdida de oportunidad» –muy utilizada en los supuestos de contrato de servicios de abogados y procuradores, cuando se habla de «pérdida de oportunidad procesal», que se estudió en este trabajo–, y que, en cierto modo, implica un lucro cesante, *ex* artículo 1106 CC, una ganancia que se ha dejado de obtener y se generaría si se hubiese, por ejemplo, arrendado la vivienda. En este sentido se pronuncia la SAP-Barcelona de 12 de febrero de 2004 (AC 2004/528), en el caso de autos, fueron nueve meses y medio de retraso y no disfrute o disposición. En la reclamación de daño moral se incluye el perjuicio sufrido por no disfrutar de la vivienda en Navidad y Semana Santa y la compensación por el sufrimiento psíquico de la pérdida de uso del apartamento los fines de semana, que se cuantifica en 320.000 pesetas, así como la eventual zozobra por la pérdida de expectativas de arrendamiento –cfr. FD segundo, con la rúbrica: El daño moral y su cuantificación¹³¹–.

También se indemnizan daños si por el retraso en la entrega de la vivienda el comprador se ve en la necesidad de alquilar otra en el ínterin; pero se trataría de indemnizar, en ese caso, los daños patrimoniales¹³². Asimismo se han indemnizado los daños morales por retraso en la entrega de una vivienda y la consiguiente necesidad de vivir en casa de personas «no deseadas», como ha ocurrido en el caso resuelto por la SAP-Baleares de 27 de mayo de 2004 (JUR 2004/188984). Se había comprado una vivienda en construc-

¹³¹ La Sala estimó que los daños morales por el retraso deben fijarse, prudencialmente, en 1.500 euros, teniendo en cuenta que no se trataba de primera vivienda sino de vivienda de recreo, que se dejó de disfrutar los fines de semana, Navidad y Semana Santa y que el desasosiego producido no es equivalente a otros producidos por incumplimientos más graves.

¹³² En este sentido, las SSAP-Barcelona de 28 de mayo de 2004 (JUR 2004/209328) y de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/117160), en un caso de demora en la entrega, no se han indemnizado los daños morales, pero sí han destacado que esos daños y perjuicios se concretan en el importe que tuvieron que satisfacer por el alquiler de una vivienda y plaza de parking. Sí se han indemnizado los daños morales, por la demora en la entrega, además de los patrimoniales, por los gastos por el arrendamiento de una vivienda, en la SAP-Baleares de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005/159306).

ción y se aprecia retraso en la entrega respecto de la fecha acordada. De tal manera que una señora y su novio han tenido que residir durante más de un año con los «suegros» (*sic*) de la actora, «viéndose obligados durante ese tiempo –como mínimo– a una convivencia no deseada por cercenamiento del derecho a la intimidad» en que incurrió FADESA, vendedora¹³³.

En determinados casos no se indemnizan los daños patrimoniales y sí, exclusivamente los morales. Así ha ocurrido en la SAP-Valladolid de 29 de octubre de 2004 (JUR 2004/291314). En el caso enjuiciado se consideró que el retraso de ocho meses que supone para los actores una clara frustración de las expectativas legítimas de los demandantes de disponer de su vivienda en el plazo convenido, frustración que si bien no ha podido ser resarcida en la forma interesada como principal en la demanda, al no acreditarse cumplidamente por los actores la realidad de los daños y perjuicios de orden patrimonial o meramente material invocados, «sí que justifica al menos el reconocimiento del daño moral que entiende el Juez de instancia produce la demora en la entrega de un inmueble destinado a vivienda familiar en el plazo convenido contractualmente» –cfr. FD segundo¹³⁴–.

Si bien, como he destacado, los casos más numerosos en la jurisprudencia en los que se indemnizan daños morales derivados del contrato de arrendamiento son los de retraso o demora en la entrega, también he de destacar otros supuestos. Así, la STS de 12

¹³³ Aclara la sentencia que aun cuando no hubiera existido esa convivencia en casa de los padres del novio de la actora, no por ello dejaría de concurrir el daño moral al hurtarse a aquélla momentáneamente la ilusión y necesidad de adaptar la vivienda a su personalidad durante tanto tiempo y a privarle de obtener de la misma algún rendimiento (arrendarla, por ejemplo) aun cuando ésta no hubiere sido la intención inicial de la demandante –cfr. FD segundo–. Obsérvese cómo se insiste en este fallo en la denominada «pérdida de expectativas» o de «oportunidades», como la de arrendar, lo mismo que se ha destacado en la SAP-Barcelona de 12 de febrero de 2004 (AC 2004/528), ya reseñada.

¹³⁴ En la SAP-Valencia de 18 de enero de 2005 (JUR 2005/64045), en un supuesto de incumplimiento por el vendedor de la obligación de entrega de la vivienda, se estimaron los daños morales por el «desasosiego, inquietud e incertidumbre: sensación anímica digna de compensación». Y en la SAP-Lugo de 4 de mayo de 2005 (JUR 2005/157210) habiéndose incumplido la obligación de entrega de la vivienda, se indemnizaron los daños morales por quedar frustrada la expectativa de compra del actor ante la actuación negligente del demandado, vendedor.

Sin embargo, esa demora en la entrega de la vivienda no ha dado lugar a la indemnización de daños morales en otros casos, como en la SAP-Córdoba de 3 de noviembre de 2004 (JUR 2004/51711) porque consideró que la demora en la entrega no ha privado a los actores de una vivienda donde instalarse, ya que para el Tribunal es claro que con anterioridad disponían de otro lugar donde residir. Por lo tanto: «No puede hablarse de zozobra, sufrimiento, dolor, pena, etc., que son datos definidores del daño moral; se trataría más bien de molestias o contrariedad propias de quien sufre el incumplimiento contractual, pero nunca de daño moral» –cfr. FD segundo, *in fine*–. Tampoco se han indemnizado los daños morales por demora en la entrega, en la SAP-Segovia de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005/92229).

de julio de 1999 (RJ 1999/4770) declara la procedencia de la indemnización de los daños morales como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa por defecto de cabida, se condenó a la vendedora a la devolución del precio, los gastos del contrato y los daños morales ¹³⁵. En otro caso, STS de 29 de abril de 2005 (RJ 2005/4552), se indemnizó el daño moral es decir de «imagen», aunque no se diga expresamente, derivado del incumplimiento del vendedor, en relación al impago del impuesto de plusvalía y condena a indemnizar el importe que el comprador avaló para evitar la vía administrativa de apremio y otra cantidad adicional por el perjuicio que el embargo del solar causó en su prestigio como agencia inmobiliaria ¹³⁶.

Veamos otros supuestos en los que ha procedido la reparación del daño moral derivado del contrato de compraventa; pero no ya de vivienda, sino, por ejemplo, de un vehículo de segunda mano, caso que ha resuelto la SAP-Barcelona de 19 de mayo de 2005 (AC 2005/1038), los actores habían comprado un vehículo de segunda mano a «Catalunya, Motor, S. A.» y demandan a esa sociedad y a «Seat, S. A.», —esta última aunque fue absuelta, reconoce el Tribunal que la vendedora está adscrita a la red de concesionarios de SEAT, figurando esta denominación en bastantes pasajes de la garantía, lo que justifica la opción de demandarla— al advertir en el primer año de tenencia del vehículo múltiples entradas al taller que denotan un funcionamiento insatisfactorio. Se considera que la frustración de expectativas debe encuadrarse en el concepto de daño moral, por la sensación de zozobra, impotencia, malestar, ansiedad, angustia y la propia sensación de frustración personal y ante el círculo de amistades y familiares: «tales sensaciones negativas... exceden de lo que es mera molestia, enojo o enfado y, por su importancia, entrañan daño moral...» —cfr. FD segundo, *in fine* ¹³⁷—.

¹³⁵ El Tribunal Supremo asume los argumentos de la sentencia de instancia al apreciar los daños morales, los cuales representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgador de instancia —cfr. FD segundo—.

¹³⁶ Y se ha reparado el daño moral «dada la evidencia de que incumplimiento contractual hubo, se hizo público por el embargo y su anotación, y por ello supone, en cualquier caso, para un profesional, un demérito en el prestigio de que pueda disfrutar —cfr. FD cuarto—.

¹³⁷ Se acude por el Tribunal al artículo 11.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que habla de «hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación» y en su apartado 3.b, al contemplar la posibilidad de resolución «no otra cosa es la devolución del precio», se refiere al supuesto de que «el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviere destinado». Pienso que, también pudo haberse recurrido al artículo 8 de la citada Ley cuando se refiere a las «prestaciones propias de cada producto», y, como tantas veces, al artículo 1258 CC, ya que los contratos no sólo obligan a 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».

Y en un caso de compraventa mercantil, asimismo se han indemnizado los daños morales, me refiero a la SAP-Granada de 1 de junio de 2004 (AC 2004/1377). Se trató de la venta de un aparato de fotodepilación por láser que resultó inhábil para la finalidad con que fue adquirido, lo que implicó la consideración del supuesto por el Tribunal, más que como defectos ocultos, como un *aliud pro alio* o entrega de una cosa distinta, en tanto que no cumple las características exigidas para servir al destino previsto. Procedió la reparación de los daños y perjuicios, del lucro cesante por la necesidad de tratar gratuitamente a los clientes que habían visto frustrado su resultado prometido y después de adquirir el nuevo equipo. En relación a los daños morales, se declaró que: Sí que ha de acogerse el recurso en lo referente a los daños morales reclamados y que el juzgador fija en 1.000.000 de pesetas, puesto que la propia actora, al reclamar como lucro cesante 6.792.500 pesetas (40.823,75 euros), añade textualmente: «... dentro de los cuales incluimos los daños morales»¹³⁸.

3. DAÑOS MORALES RESULTANTES DE LA CONTRAVENCIÓN POR LA COMPAÑÍA TELEFÓNICA DE UN CONTRATO DE PUBLICIDAD

La sentencia que por primera vez acepta, de modo explícito, la tesis favorable a la reparación del daño moral derivado del contrato y que es epítome de toda la doctrina jurisprudencial posterior en cuanto al reconocimiento del «daño moral contractual» es la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403) en la que se ha estimado el daño moral derivado de la contravención por la Compañía Telefónica Nacional de España de un contrato de publicidad celebrado con el actor.

Daños morales sufridos como consecuencia de haberse omitido en la guía telefónica de la provincia de Lérida la inserción en letra negrilla del nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono de aquél. En este sentido, como se declara en el sexto considerando –de la primera sentencia–: la exigencia del resarcimiento por daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos, tales como la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela y anunciada mediante la normal publicidad en los casos en que, como el de autos y recursos, era realizada en la guía telefónica según contrato con el cliente o abonado reclamante, abo-

¹³⁸ Ha de entenderse, argumenta el Tribunal, que engloba tal concepto –el del daño moral– en el lucro cesante, y por ello, se acoge esta pretensión en la cuantía de 6.010,12 euros.

gado en ejercicio, cuyos datos desaparecieron de la guía durante un año, con la natural repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos, tales como, *mutatis mutandis*, es corriente en el mundo de la publicidad, en el que la permanencia del anuncio se convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional.

A mi juicio, la conclusión más relevante que puede inferirse de la lectura de este fallo casacional es la interacción entre los daños patrimoniales y morales, frente a la contundente declaración de la STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736): «El concepto de éste [daño moral] es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual» –cfr. FD quinto¹³⁹–.

Admite esta injerencia de daños morales en patrimoniales y viceversa Igartua Arregui al comentar esta premonitoria STS de 9 de mayo de 1984 –por la admisión de daños morales contractuales– cuando señala que se trata de uno de tantos supuestos en los que daño material y daño moral van tan unidos que es prácticamente imposible su separación¹⁴⁰.

Así es, en el caso de autos se admite que se han producido daños inmateriales a «la fama, el prestigio, la nombradía profesional», es decir daños morales; pero al mismo tiempo reconoce la repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional «traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos...» –cfr. sexto considerando de la primera sentencia– de donde se infiere la producción, además, de daños patrimoniales.

¹³⁹ Todo sin perjuicio de reconocer mi acuerdo con el resultado final de la STS de 31 de octubre de 2002: que consideró de entidad suficiente los daños para estimar una ruina funcional que definió como aquellos que conllevan «desperfectos que vengán a hacer inútil la cosa para la finalidad que le es propia» –en el caso de autos, las humedades en apartamentos que componen un complejo residencial–; pero, y para lo que aquí importa, estimó que los hechos no son de valor suficiente para apreciar los daños morales... cfr., el comentario a esta sentencia de MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 61, 2003, núm. 1653, pp. 245 ss.

¹⁴⁰ De esto infiere el autor que «ante la dificultad que en algunas ocasiones supone la prueba del daño material, se reclama tan sólo el de naturaleza moral». *Vid.*, IGARTUA ARREGUI, F., comentario a la STS de 9 de mayo de 1984 en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5, núm. 136, p. 1640. Y, en el ámbito del daño moral, también sería más fácil la prueba del daño moral contractual, porque, como acertadamente señala esta sentencia, al referirse a los daños inmateriales: «su prueba es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC)» –cfr. quinto considerando de la primera sentencia–.

En otra resolución de la misma Sala Civil: STS de 13 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6111) se responsabiliza, de nuevo, a la Compañía Telefónica Nacional de España, responsabilidad derivada, también, de un contrato de publicidad con la mencionada compañía por la «ofensa al honor» ya que el apellido «Ranera» se sustituye por el de «Ramera»¹⁴¹.

Destaca la importancia de esta sentencia Cristóbal Montes, al considerar este fallo doblemente interesante, primero, por el reconocimiento expreso y decidido del daño moral contractual y, segundo, por la plena equiparación que se hace entre éste y el daño moral extracontractual, algo que supone el comienzo de la admisión por nuestra jurisprudencia de que no hay más que una especie de daño moral, que se produce siempre que injustamente se agrede un bien material o ideal de la persona y con indiferencia de que semejante agresión tenga lugar por la realización de un hecho ilícito o por el incumplimiento de una previa obligación¹⁴².

Mi parecer, en relación a la confrontación de las dos sentencias de 1984 es el siguiente: en la primera STS de 9 de mayo de 1984 la responsabilidad es contractual –contrato de publicidad–, en la segunda, STS de 13 de diciembre de 1984 el daño al honor surge por la culpa extracontractual –la actora no estaba legitimada para exigir el cumplimiento de un contrato en el que no había sido parte (el contrato con la Compañía había sido concertado por el padre de la actora)–, aunque, en todo caso, se podría acudir a la doctrina de la «unidad de la culpa civil» –ya lo he destacado en el primer apartado de este estudio–.

Además, en la primera, STS de 9 de mayo de 1984 se habría podido indemnizar solamente el daño patrimonial, que es el que, a la postre, podrá producirse, y se traduce en la «minoración de la clientela», además «la permanencia del anuncio se convierte en necesidad

¹⁴¹ Sin embargo, no se estimó el daño al honor en la STS de 19 de mayo de 2005 (RJ 2005/4083). Se habían reclamado daños patrimoniales y morales en relación a un anuncio publicado en el *Diario Montañés* por la «Sociedad de Alergólogos del Norte» en el que se afirmaba que la actora no estaba en posesión del título de especialista en Alergología. Se encontró el Tribunal con la endémica situación de la necesidad de determinar la preferencia o no del derecho al honor –en este caso profesional–, en su colisión con el derecho a la libertad de información –ambos derechos fundamentales–. Proclamó la preferencia, en este caso, del derecho a la información, ya que la noticia publicada es aséptica sin entrar en descalificaciones deontológicas o éticas; según el Tribunal la publicación no contiene ningún ataque al honor personal o individual de la actora, tampoco respecto a su prestigio profesional, ya que la Sociedad de Alergología se limitó a informar que la hoy recurrente no estaba en posesión del título de especialista en Alergología, lo que era cierto en dicho momento ya que hasta fecha posterior no obtiene el título de especialista. Fallo distinto al analizado, de la STS de 1984, en el que claramente se aprecia un daño al honor y, por otra parte, no aparece conflicto de intereses con otros derechos. En esta sentencia de 2005 lógico es que prevalezca el derecho de información, además veraz, el anuncio no reflejó más que la realidad en el momento de su publicación.

¹⁴² *Vid.*, CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral contractual», *Revista de Derecho Privado*, 1990, p. 12.

inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional» –cfr. sexto considerando de la primera sentencia–; por otra parte, en la segunda, STS de 13 de diciembre de 1984 es más patente el daño moral que el patrimonial, que no se aprecia en el caso que se enjuicia, daño moral, «ofensa al honor» –dice la sentencia– evidente al sustituir el apellido de la actora «Ranera» por «Ramera».

4. CONTRATOS BANCARIOS: «CONTRATO DE CAMBIO DE MONEDA». INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES COMO CONSECUENCIA DE LA ENTREGA DE BILLETES FALSOS

Resulta sorprendente, alucinante, que en el lapso de apenas un mes se hayan producido semejantes incumplimientos en el ámbito de los contratos bancarios, en concreto, en relación con un contrato de cambio de moneda. Asombra todavía más que el incumplimiento sea imputable, en las dos ocasiones, a la misma entidad bancaria y de la misma localidad: el «Banco de Santander, S. A.», oficina de Laredo.

Me refiero a las sentencias el Tribunal Supremo de la Sala Primera, Civil, con el mismo ponente: Excmo. Sr. don Xavier O’Callaghan Muñoz: SSTs de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005/1679) y 28 de marzo de 2005 (RJ 2005/2614).

En el primero de estos fallos, STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005/1679), la cuestión fáctica no presenta duda alguna: el matrimonio formado por los demandantes doña Marta y don Bruno cambiaron –lo hizo la primera para sí y para su esposo– pesetas por dólares (contrato de cambio) con ocasión de un inmediato viaje a Rusia en junio de 1994; la entidad bancaria en la que realizaron el cambio era la demandada «Banco de Santander, S. A.», oficina de Laredo, la cual entregó tres billetes de 100 dólares cada uno falsos y otro de 50 auténtico; en el mencionado viaje advirtieron que eran falsos al ir pagando con ellos, produciéndose graves alteraciones y escándalos; en el tercero se produjo su detención por la policía y retirada del pasaporte, aunque a la postre fueron puestos en libertad y les fue devuelto el pasaporte; la entidad bancaria, al cambiarles moneda y darles dólares les cobró comisión y, a la vuelta del viaje y mostrarles el dinero falso les devolvió su importe en pesetas y de nuevo les cobró comisión («sorprendentemente», dice la sentencia de la Audiencia Provincial)¹⁴³.

¹⁴³ En Rusia, los avatares del pago con moneda falsa suministrada por la entidad bancaria fueron lastimosos y los actos de los demandantes acertados o desacertados, pero en ningún caso ilícitos, no fueron contrarios a la buena fe; intentaron hacer el pago sucesiva-

El Tribunal Supremo proclamó que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1101 CC la entidad demandada debe indemnizar a los demandantes los daños sufridos y éstos no son otros que los daños morales, que afectan a intereses espirituales del ser humano, evidentes en el caso presente que fueron atentados al sagrado derecho a la libertad personal, prescindiendo del tiempo que durara, al inalienable derecho a la dignidad, por las afrentas y vejámenes sufridos y al derecho a la seguridad jurídica, al verse inmersos en situaciones violentas en un país con escasa tradición democrática, lengua desconocida y garantías ignoradas. Y en relación a los daños morales, declara el Tribunal que la valoración jurídica de los daños morales es clara en su importancia y gravedad; la valoración económica, como en todo daño moral es difícil; lo que es razonable es la cuantía reclamada, a la vista de la entidad causante del daño y del sufrimiento de las víctimas –cfr. FD quinto¹⁴⁴–.

Por otra parte, en la STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005/2614) se enjuicia el supuesto de hecho siguiente: don Aurelio, en junio de 1994 celebró con el Banco de Santander, sucursal de Laredo, contrato de cambio por el que adquirió, con pago de un precio (comisión) 600 dólares en seis billetes de 100 dólares. Viajó a los Estados Unidos de América del Norte, donde convivió con doña Regina, ciudadana norteamericana domiciliada allí. En el mes de julio, ambos trataron de abrir una cuenta corriente en el Fifth Third Bank, de Cincinnati (Ohio). Entregaron los referidos billetes de 100 dólares que resultaron falsos y al advertirlo la entidad bancaria se comunicó con la policía y dos agentes pertenecientes al Departamento del Tesoro se presentaron en la oficina del banco, les detuvieron a ambos, les interrogaron en público, les condujeron al citado Departamento, les registraron, les tomaron fotografías, huellas y datos personales (le «ficharon», dice la sentencia de primera instancia). Al mostrar el resguardo de la adquisición de los dólares en la entidad bancaria española, quedó en libertad; la relación sentimental entre el demandante y doña Regina se deterioró, aquél regresó a España y la relación quedó rota definitivamente.

La Sala Civil del Tribunal Supremo que conoce de este recurso de casación estimó la demanda y parte del incumplimiento contractual y la responsabilidad que se deriva (art. 1101 CC) que comprende la indemnización por los daños morales –cfr. FD quinto–.

mente con los tres billetes falsos que les había dado el banco y actuaron lícitamente y con buena fe cuando confiaron con buena lógica que los billetes no lo eran –cfr. FD cuarto–.

¹⁴⁴ Se condenó a la demandada «Banco Santander Central Hispano, S. A.» a abonar a cada uno de los recurrentes, demandantes, la cantidad de 78.131 euros.

Así, en el presente caso se reitera la doctrina antes citada –de la STS de 17 de febrero de 2005– se ha producido un atentado al sagrado derecho a la libertad personal, en la detención, conducción y retención en dependencias policiales, al inalienable derecho a la dignidad, en la presentación de los agentes e interrogatorio público y en la difusión de ello en la población de su residencia, al esencial derecho a la seguridad jurídica, en la situación de verse inmersos en una cuestión que en principio parecía delictiva, en país y legislación extrañas, al intransferible derecho al libre desarrollo de la personalidad, por haberse truncado física y emocionalmente una relación sentimental. En definitiva la Sala Civil determina discrecional, que no arbitrariamente, la cuantía de la indemnización que se fija en 360.000 euros –cfr. FD quinto ¹⁴⁵–.

Nótese que si partimos del dato de que la Sala Civil del Tribunal Supremo recuerda en la STS de 29 de mayo de 1978 (RJ 1978/1952) –considerando 2.º– que ni nuestro Código Civil ni el Código de Comercio contienen una regulación sistemática de los denominados contratos bancarios, si bien la notoria pobreza de los esquemas legales sobre el particular es suplido en el tráfico con la debida utilización del principio de libertad de pacto proclamada en el artículo 1255 CC, pues dentro de sus amplios límites encuentra cobertura la compleja y variadísima negociación bancaria, reconducible en la generalidad de los casos a los tipos contractuales contemplados en el ordenamiento positivo ¹⁴⁶. Podemos parangonar estos casos analizados de contrato de cambio con entrega de billetes falsos con los de pago de cheques falsos o falsificados o de abonos indebidos y tal y como señaló en dicha sentencia el alto Tribunal, se puede acudir a tipos contractuales como pueden ser en este punto el denominado pago al acreedor aparente –art. 1164 CC–, medida de protección al deudor que honestamente cree que el que le exige el crédito o al que paga es su acreedor y recordar que

¹⁴⁵ Obsérvese que la cuantía de la indemnización es distinta en ambos casos resueltos, también las consecuencias han sido distintas, piénsese en la mayor acentuación del daño moral de la segunda sentencia por «haberse truncado física y emocionalmente una relación sentimental». En efecto, en el FD tercero de esta sentencia, se reconoce que se trata de un supuesto semejante al de la STS de 17 de febrero de 2005, por lo que se reitera la doctrina, aunque no idéntico: coincide el hecho [cambio de moneda falsa], es distinto el daño y la pretensión indemnizatoria.

Sin embargo, en la SAP-Madrid de 18 de marzo de 2005 (JUR 2005/107611) no se estimó el daño moral derivado de un contrato bancario de cuenta corriente, debido al cobro de comisiones indebidas y devolución de una serie de efectos presentados al cobro cuando existía saldo suficiente para efectuar su pago. Concluye la sentencia que careciendo el presente caso de suficiente apoyo probatorio, la incidencia y entidad de los daños en base a los que se reclama –daños morales– no se considera adecuada la indemnización por tal concepto y por ello ha de rechazarse el recurso.

¹⁴⁶ Cfr., en este sentido, también, la STS de 19 de octubre de 1976 (RJ 1976/4590).

por antonomasia, el *accipiens* del cumplimiento será el propio acreedor, es decir, «la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación» (art. 1162 CC), sin perjuicio de la designación por el acreedor de otra persona a la que autoriza: el *adiectus solutionis causa* o persona designada con ocasión del cumplimiento, a la que se refiere la última parte del artículo 1162 CC¹⁴⁷.

Veamos algunos casos resueltos por los Tribunales, si bien en sede de cheques falsos o falsificados y las responsabilidades derivadas para los bancos o los mismos clientes. Con el propósito de inferir alguna doctrina que pueda, también, ser aplicable a los supuestos de contrato de cambio de billetes o moneda.

Tiene declarado la Sala Civil del Tribunal Supremo en la STS de 7 de junio de 1984 (RJ 1984/3217), ratificada por la STS de 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985/4565) que dictaminada la perfecta falsificación de una firma o su inexactitud con la del depositante y tenedor legítimo, precisándose de ser discernido con medios técnicos complejos y adecuados y que en consecuencia impide afirmar que el empleado de la ventanilla bancaria dejó de actuar con la diligencia exigible, habida cuenta que la evidente apariencia de legitimidad de la firma y certeza que para destruirla hubiese precisado técnicas especiales, no exigidas por el uso comercial en el ámbito de lo cuestionado¹⁴⁸.

Es decir, la doctrina legal venía distinguiendo según que la falsificación hubiera sido normalmente detectable, o bien perfecta y hubiere precisado para ser detectada de técnicas especiales no exigidas por el uso comercial en el ámbito del contrato en cuestión, supuesto, este último, que impedía apreciar una falta de diligencia

¹⁴⁷ Cfr., también, STS de 19 de octubre de 1976 (RJ 1976/4590).

En relación al pago al acreedor aparente, dispone el artículo 1164 CC: «El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor». Cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2003, p. 168. LASARTE, C., *Principios de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Pons, Barcelona, 2004, p. 126.

Obsérvese que la SAP-Alicante de 11 de diciembre de 2001 (JUR 2002/48580), al enjuiciar un caso de abono indebido de cheque falso o falsificado se apoya, entre otros preceptos, en el artículo 1162 CC «de donde se deduce que si se paga a persona distinta, ese pago no libera al deudor de su obligación, ni anula el derecho del acreedor fundado en el contrato de cheque» –cfr. FD tercero–.

¹⁴⁸ La STS de 25 de julio de 1988 (RJ 1988/5717), que recuerda la citada doctrina del alto Tribunal, también declara, remitiéndose a otros fallos del Supremo, que han estimado que al banco sólo puede exigírsele la diligencia y lealtad impuestas por el vínculo creado, a causa de que todos los contratos mercantiles están dominados por el principio de la buena fe, que se consagra legislativamente en el artículo 57 del Código de Comercio. –Cfr. voto particular–.

En esta sentencia se enjuicia un caso de transferencia de cantidad sin orden del titular de la cuenta, se fundamenta la condena en la apreciación de negligencia grave en el banco que realizó una transferencia de la cantidad indicada desde la cuenta bancaria del actor, radicada en Madrid, a otro banco, domiciliado en Luxemburgo, en la cuenta del beneficiario que no se demostró tuviera relación alguna con el actor.

exigible –SSTS de 7 de junio de 1984 (RJ 1984/3217) y 30 de septiembre de 1985 (RJ 1985/4565)–; sin embargo, la STS de 15 de julio de 1988 (RJ 1988/5717), siguiendo la directriz del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque –Ley 19/1985–, que impone al banco el daño resultante de un cheque falsificado, siempre que no se demuestre la culpa del librador, inicia una orientación más rigurosa exigible a las entidades bancarias, que no es sólo la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una parte de su lucro en tales cometidos ¹⁴⁹.

En fin, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, en su artículo 156, recoge la doctrina que impone al banco el daño resultante de un cheque falsificado, siempre que no se demuestre la culpa del librador. Pues bien, aplicando esta norma a los casos enjuiciados por las SSTS de 2005: 17 de febrero y 28 de marzo, se infiere de ellas esa falta de culpa o negligencia del cliente a la que se refiere el citado artículo 156 ¹⁵⁰. Así la STS de 17 de febrero de 2005 –cuya doctrina confirma la STS de 28 de marzo de 2005– revisa, en casación, la calificación jurídica realizada por la Audiencia que había calificado la conducta de los demandantes de «contraria a las más elementales normas de la buena fe» y señala el Tribunal Supremo que «no cabe imputar mala fe en los particulares, sino intolerable negligencia en el banco» –cfr. FD tercero–.

Además recuérdese que la STS de 15 de julio de 1988 (RJ 1988/5717), siguiendo la directriz del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, inicia una orientación más rigurosa en orden a la diligencia exigible a las entidades bancarias, que no es sólo la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como comerciante experto. Y se remite a un principio que bien puede aplicarse, también a los casos que se han estudiado de cambio de moneda falsa en los que, reiteradamente declara el Tribunal

¹⁴⁹ La SAP-Alicante de 11 de diciembre de 2001 (JUR 2002/48580), siguiendo este criterio, manifestó que «de lo que no existe duda es que conforme a lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, corresponde al librado acreditar la culpa del cuentacorrentista y pechar con las adversas consecuencias de su falta de prueba» –cfr. FD tercero–.

¹⁵⁰ El artículo 156 se encuadra dentro del capítulo VIII, *Del cheque falso o falsificado*, en el título II, *Del cheque*, y dispone que: «El daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques o hubiera procedido con culpa».

la ausencia de mala fe de los demandantes que actuaron «lícitamente y con buena fe» –STS de 17 de febrero de 2005 [FD cuarto]– el principio de la buena fe, que se consagra legislativamente en el artículo 57 del Código de Comercio, y que el uso comercial consagra, en mayor medida, en el contrato bancario [y bancarios eran los contratos de cambio de moneda], «basado en la recíproca confianza, que en esencia significa que una de las partes se entrega a la conducta leal de la otra, que confía que ésta no le engañará»¹⁵¹.

A mayor abundamiento, se acude por los Tribunales a la doctrina del riesgo profesional, a la teoría del riesgo, que deben asumir los depositarios de fondos ajenos y, en relación al pago de cheques falsos o falsificados –pero bien puede traerse a colación esta doctrina o teoría al campo que analizamos, de contrato de cambio con entrega de moneda o billetes falsos– declara, al referirse, insisto, a los cheques falsificados que «el peligro de que se presenten cheques falsificados, y el perjuicio de tener que pagarlos se compensa con el lucro que obtiene el banco del conjunto de operaciones que realiza»¹⁵².

¹⁵¹ Cfr. fundamentos de Derecho del voto particular en esta STS de 15 de julio de 1988 (RJ 1988/5717)

¹⁵² Cfr. la paradigmática STS de 7 de junio de 1984 (RJ 1984/3217). Utiliza esta misma doctrina del riesgo, la SAP-Alicante de 11 de diciembre de 2001 (JUR 2002/48580).

