



FACULTAD DE DERECHO

# NOVEDOSOS CASOS DE DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA

Autor: Patricia Peregrín Maldonado  
4º, E-1 Business Law  
Derecho de Daños  
Tutor: Iñigo A. Navarro Mendizábal

Madrid  
Abril 2017

## **RESUMEN**

Delimitación del concepto de daño moral, concepto que reviste gran complejidad debido a su dinamismo. Desde la concepción clásica del término y su clasificación, hasta llegar a lo que hoy consideramos daño moral. Las indemnizaciones percibidas por este tipo de daños, así como su pertinencia y la fijación de su cuantía. El papel fundamental de la jurisprudencia en la evolución del término y su capacidad para adaptarse con gran rapidez a los cambios que requiere la sociedad. Finalmente, se analizan algunos casos novedosos o llamativos como las anticoncepciones fallidas; falsificación de billetes; incidentes en turismo y transporte de viajeros; el incumplimiento de deberes conyugales; plagio de marcas o el derecho al olvido digital.

## **PALABRAS CLAVE**

Daños morales, responsabilidad civil, indemnización, jurisprudencia, dinamismo,

## **ABSTRACT**

Establishing limits to the concept of moral damages presents a wide range of difficulties due to the concept's great dynamism. The compensation one can receive for the moral damages suffered, their suitability and quantity has truly changed from the classical point of view to today's regulation and circumstances. Throughout this study, we will analyse the important role that the jurisprudence has played in the evolution of the concept as time goes by. We must also emphasise its capacity to adapt to the constant changes that today's society presents. Finally, we will discuss some of the most novel and striking cases of the latest years such as failed contraception, note and bill forgery, tourism incidents and tourist transportation, breach of marital duties, counterfeiting trademark or right to oblivion in digital matters.

## **KEY WORDS**

Moral damages, civil liability, compensation, jurisprudence, dynamism, failed contraception

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>2. DAÑO MORAL. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO .....</b>	<b>6</b>
<b>2.1. Evolución doctrinal y jurisprudencial. Statu quo.....</b>	<b>7</b>
<b>2.2. Función compensatoria.....</b>	<b>13</b>
<b>2.3. Conclusiones.....</b>	<b>18</b>
<b>3. SOBRE LAS VARIEDADES DE DAÑOS MORALES.....</b>	<b>19</b>
<b>3.1. Atendiendo al bien atentado.....</b>	<b>19</b>
<b>3.2. Clasificación actual.....</b>	<b>20</b>
<b>4. CASOS NOVEDOSOS.....</b>	<b>21</b>
<b>4.1. Anticoncepción Fallida.....</b>	<b>21</b>
4.1.1. <i>Operaciones de esterilización que no impiden la concepción de un hijo sano, pero no previsto.....</i>	<i>21</i>
4.1.2. <i>Colocación negligente o puesta en circulación de mecanismos anticonceptivos ineficaces que no impiden el embarazo.....</i>	<i>24</i>
4.1.3. <i>Conclusión.....</i>	<i>24</i>
<b>4.2. Billetes falsos.....</b>	<b>25</b>
4.2.1. <i>Conclusión.....</i>	<i>26</i>
<b>4.3. Turismo y transporte de viajeros.....</b>	<b>27</b>
4.3.1. <i>Ejecución defectuosa de un contrato de viaje combinado.....</i>	<i>27</i>
4.3.2. <i>Viajes de novios.....</i>	<i>27</i>
i. <i>Reclamación de los daños y perjuicios tanto materiales como morales..</i>	<i>27</i>
ii. <i>Incremento de la indemnización al tratarse de un viaje de novios.....</i>	<i>28</i>
4.3.3. <i>Cuantificación del daño moral por denegación de embarque por no poder asistir a acontecimiento familiar.....</i>	<i>28</i>
4.3.4. <i>Retenciones.....</i>	<i>29</i>
4.3.5. <i>Conclusión.....</i>	<i>29</i>
<b>4.4. Incumplimiento de deberes conyugales.....</b>	<b>30</b>
4.4.1. <i>Deber de convivencia.....</i>	<i>30</i>
4.4.2. <i>Deber de respeto mutuo.....</i>	<i>31</i>
i. <i>Intimidad y honor.....</i>	<i>31</i>
ii. <i>Daños físicos y psíquicos.....</i>	<i>33</i>
4.4.3. <i>Deber de asistencia y socorro mutuo.....</i>	<i>34</i>
4.4.4. <i>Deber de fidelidad.....</i>	<i>34</i>
4.4.5. <i>Conclusión.....</i>	<i>36</i>
<b>4.5. Marcas.....</b>	<b>37</b>
4.5.1. <i>Propiedad industrial y prestigio de la marca.....</i>	<i>37</i>
4.5.2. <i>Conclusión.....</i>	<i>38</i>
<b>4.6. Derecho al olvido digital.....</b>	<b>39</b>
4.6.1. <i>Conclusión.....</i>	<i>41</i>
<b>5. CONCLUSIÓN.....</b>	<b>41</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

AP: Audiencia Provincial

CP: Código Penal

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

DRAE: Diccionario Real Academia de la lengua Española

LRCSVM: Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor

LIRPF: Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

LO: Ley Orgánica

PETL: Principles of European Tort Law

RD: Real Decreto

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, trata de llevar a cabo una aproximación al concepto de daño moral, objeto que ha sido de gran controversia por su carácter dinámico, en el contexto del desarrollo y transformación social, de costumbres y tecnológico propio del momento presente.

Se inicia el trabajo partiendo desde su sencilla delimitación originaria, hasta la complejidad que hoy en día reviste, con atención a los distintos debates doctrinales que ha atravesado el concepto a lo largo del tiempo.

Es de actualidad, el análisis de algunos de los denominados “casos de frontera”, que constituye un numerus apertus, entre los cuales se incluyen casos tales como la indemnización por incumplimiento de deberes conyugales; los incidentes bancarios por facilitación de billetes falsos, las conocidas anticoncepciones fallidas; el uso indebido de las marcas, los incidentes en turismo y transporte de viajeros y el destacado caso del derecho al olvido digital.

Partiendo de una idea inicial que consideraba las conductas origen del daño como deberes ético-sociales emanados de la moral, se ha llegado a la consideración actual de que la conducta dañosa supone la vulneración de un derecho, con manifestaciones novedosas con en las últimas sentencias de la Sala de Lo Civil del TS (Sala I) sobre el derecho al olvido digital.

## 2. DAÑO MORAL. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

Citando a PASCAL<sup>1</sup>, es imprescindible hacer uso del espíritu de la minuciosidad, precisión y delicadeza para llevar a cabo una correcta comprensión de lo que es el daño moral. La difusión y opacidad de sus líneas definitorias, explican que dicha tarea sea una tarea dificultosa.

En la STS 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242)<sup>2</sup> se hace una aproximación muy genérica al concepto expresando que *“del daño moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado- o la persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales-, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología no son traducibles en la esfera económica... Y puede en esa línea entenderse como daño moral en su integración negativa”*.

La definición genérica de dinamismo, como *“cualidad de las cosas, empresas o actividades que tienen actividad, movimiento e innovación y que están en constante transformación o la hacen posible”* es perfectamente aplicable al concepto de daño moral, como se refleja en los supuestos que paso a citar y que no habían sido ni siquiera imaginados por los operadores jurídicos de hace una década, como son los casos de *bullying* o acoso escolar<sup>3</sup>, cuya cifra asciende a 193.000 víctimas, es decir uno de cada diez alumnos españoles<sup>4</sup>; o a la difusión en redes sociales de información no actualizada y perjudicial que puede dañar nuestra imagen. ¿Podríamos imaginar años atrás estos

---

<sup>1</sup> BARZUN, *Del amanecer a la decadencia*, Taurus, citando a PASCAL, Blas., *Las célebres cartas provinciales sobre la moral y la política de los jesuitas*, Imprenta del colegio de sordo-mudos y ciegos, Edición española, Madrid, 1846, p.116

<sup>2</sup> STS 22 de febrero de 2001 (RJ 2001,2242).

<sup>3</sup> Sobre el tema la SAP de Valencia 442/2012 de 10 de julio: “Por lo expuesto el daño sufrido por la actora es esencialmente psicológico y moral, sin perjuicio de su somatización en síntomas físicos...acreditado el acoso sufrido por el menor y siendo el daño moral inherente al mismo, es por lo que procede la concesión de la indemnización solicitada por la actora...”. Siguiendo su trazo la SAP de Álava nº 120 de 27 de mayo de 2005: “al margen de que a cualquier persona, y especialmente a una niña o adolescente, el padecimiento de estos actos ejecutados por otras personas produce esa sensación de impotencia, zozobra, indefensión, humillación, etc...y, según los estudios científicos sobre el Bullying, los acosados se sienten avergonzados y su autoestima se destruye, dos estados de ánimo que pueden repercutir de forma negativa en la vida académica, social y familiar e incluso puede generar en la víctima sentimientos de culpabilidad: situación que, sin duda, puede encuadrarse en el concepto de daño moral que ha elaborado el Tribunal Supremo...” “si, además de este sufrimiento moral, se hubiesen detectado secuelas psicológicas o corporales objetivas, también estas deberían haber sido resarcidas, según la jurisprudencia del TS, pero es plenamente compatible la constatación de un daño moral sin que se deban apreciar secuelas o lesiones psíquicas”

<sup>4</sup> VAZQUEZ, Pilar (19 febrero 2016). Uno de cada 10 alumnos asegura que ha sufrido acoso escolar, *El País*.

supuestos?, ¿O que eran resarcibles? Y ¿en qué importe y calculados sobre qué parámetros? Para tratar de dar respuesta a estas incógnitas se hará una clasificación y estudio detallado de las distintas categorías admitidas por el derecho.<sup>5</sup>

## **2.1. Evolución doctrinal y jurisprudencial. Statu quo**

Para poder aproximarnos al concepto de daño moral, es necesario partir de una clasificación que integra dos enfoques contradictorios, positivo y negativo. Dentro de ésta, según alega MAZEAUD-TUNC<sup>6</sup>, se identifican dos esferas contrapuestas: de un lado aquellos afectos a la parte social del patrimonio moral que atacan al honor, la reputación y consideración de la persona y por otra parte cerrarían el par, aquellos que actúan sobre la parte afectiva del patrimonio moral, en este caso impactando directamente en los sentimientos y afectos del individuo. Lo anterior no se estaría contraviniendo el principio de *numerus apertus*, pues estas clasificaciones en ningún caso cerrarían la lista de daños morales, pudiendo incluirse otros como es el caso de aquellos que sin perjudicar a la parte afectiva o social del patrimonio están dotados de dicha consideración.<sup>7</sup> La principal de las diferencias basada en su naturaleza, se fija en lo referente a su reparación por su susceptibilidad o no de ser valorados económicamente, atendiendo a su valor en el mercado, valoración que no puede ser realizada en el caso de los personales por cuestiones de naturaleza.<sup>8</sup>

Dentro de las anteriores, se identifican tendencias positivas o satisfactorias por parte de la doctrina, a diferencia de otras que prefieren apoyar una definición negativa del término, postura mucho más adoptada. También muchas han sido las pretensiones doctrinales que han tenido por objeto la búsqueda de un concepto de daño moral, posicionándose a favor de las posturas mencionadas.

PACCHIONI afirmaba que, la mayor parte de la doctrina da una definición del término desde una vertiente negativa, optando por una definición que parte de la exclusión, contraponiéndolo a lo patrimonial y basando sus argumentos en la facilidad que suponía

---

<sup>5</sup> NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo A., *Derecho de daños*, Thomson-Civitas Reuters, 2013, p.155-157

<sup>6</sup> MAZEAUD-TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, 1957.

<sup>7</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La responsabilidad por daño moral*. p.86

<sup>8</sup> PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Daño moral por incumplimiento del contrato*, Thomson-Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Civil, 2006, p.31

no dotar al daño moral de una naturaleza específica.

ÁLVAREZ VIGARAY, siguiendo esta línea de pensamiento, definía negativamente el concepto como *“aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio”*<sup>9</sup>

DÍEZ-PICAZO, por su parte, siguiendo las afirmaciones de ÁLVAREZ VIGARAY, lo define como *“aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria ni disminución de su patrimonio”* así como *“aquel daño que no consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia”*. Definición que, destacará por ser la más aceptada entre los autores, llegando a establecer que la doctrina ha acordado definirlo como la contraposición al daño patrimonial de la misma manera que lo defendía ALESSANDRO DE CUPIS<sup>10</sup>. De este modo, incluiría tanto el daño moral como el corporal.<sup>11</sup>

En contraste, la parte restante de la doctrina lleva a cabo una definición “positiva”. Así REGLERO CAMPOS optará por definirlo desde la esfera psíquica de la persona al considerar, que el carácter patrimonial o no del bien en cuestión, no tendrá por qué coincidir con la naturaleza del bien lesionado. Identifica el daño moral con el dolor, con el sufrimiento, según nuestro Tribunal *“dolor o padecimiento de ánimo ocasionado por acto ilícito”*. En palabras del mismo *“la construcción del daño moral como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada; actualmente predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o resultados, tanto si implican una agresión directas o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad”* SSTS 25 junio 1984.<sup>12</sup>

Siguiendo a NAVARRO MENDIZÁBAL, podría considerarse daño moral todo aquel que recaer en la esfera del art. 18.1 CE *“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*, por su carácter no patrimonial. Clasificación

---

<sup>9</sup>ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La responsabilidad por daño moral*, p.81

<sup>10</sup>DE CUPIS, *Danno Teoria Generale della responsabilità civile*, vol. I-II, Giuffrè Editore, Milano, 1966.

<sup>11</sup>DÍEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2008, p.74-75

<sup>12</sup>REGLERO CAMPOS, Fernando L., *Lecciones de responsabilidad civil*, Thomson Reuters- Aranzadi, 2013 p. 549-550.



que a pesar de ser clara a simple vista, no siempre resulta tan obvia y que será la que tengamos por ser la más aceptada a día de hoy.<sup>13</sup>

De lo anterior extraemos que, genéricamente los “daños morales” pueden ser definidos como aquellos daños afectos a bienes extrapatrimoniales, visión más cercana a la versión positiva del concepto. Sin embargo, autores como GARCÍA SERRANO en *“El daño moral en la jurisprudencia civil”* lo critican debido a su gran amplitud, pues existen casos como por ejemplo los perjuicios o daños físicos, que también son considerados extrapatrimoniales, aportando como solución una clasificación de daño antijurídico no patrimonial ni físico.

El Tribunal supremo, a través de sus sentencias enumera casos de daños morales afectos a la salud, al honor y a la libertad. Resulta de interés pues la STS de 25 de julio de 1945<sup>14</sup>, con su definición sobre el honor mercantil *“aquel conjunto de cualidades que se resumen en la fórmula de verdad sabida y buena fe guardada que deben ser características de comercio”*

Se abre el debate de si se está o no obligado a responder por los daños morales causados, ya que se duda hasta qué punto una condena pecuniaria es procedente para reparar el daño ocasionado.

Desde el punto de vista de WINDSCHEID, se trata de un resarcimiento en sentido estricto, es decir el resarcimiento tal y como lo conocemos si bien debe matizarse que su carácter extrapatrimonial lleva consigo la imposibilidad de valorarlo económicamente.

RIPERT, en «La Regla Moral en las Edificaciones Civiles» por su parte le atribuía el carácter de pena privada. Históricamente en las Partidas, se encuentra una doctrina preliminar acerca de la indemnización por daños morales, más concretamente en la Partida 7.a, Título IX, Ley XXI<sup>15</sup>, que exponía que “es la indemnización o satisfacción correspondiente al que ha sufrido deshonor”.

---

<sup>13</sup> NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo A., *Derecho de daños*, Thomson-Civitas Reuters, 2013, p.146

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1945.

<sup>15</sup> Partida 7.a, Título IX, Ley XXI

No obstante, el concepto ha evolucionado jurisprudencialmente a través de distintas etapas:

1. Inicialmente, la indemnización del daño moral era rechazada al no poder valorarse la cuantía necesaria para resarcir el daño, resultaba imposible, como establece la STS de 6 de diciembre de 1882.<sup>16</sup>
2. Posteriormente, durante una segunda etapa, gran parte de la jurisprudencia se limitó a valorar la indemnización o un posible concepto de daño moral a grandes rasgos, aunque probablemente las cosas comenzaron a cambiar con sentencias tales como la de STS de 6 de diciembre de 1912<sup>17</sup>, que se refería al tratamiento a la honorabilidad de la mujer expresando que “el hecho controvertido en autos constituye una total y absoluta expoliación de la dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos sus títulos de pudor y honestidad por efecto de la pública exposición del hecho calumnioso en periódicos de gran circulación como El Liberal, y por todo esto es por lo que el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde las atribuciones del Poder judicial con las del Poder legislativo, porque el juzgador se limita a explicar mejor principios jurídicos pero ya preexistentes, que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, una indemnización pecuniaria, que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven”. Pudiendo de lo anterior deducir, que no se requiere de un cambio legislativo para incluir el

---

<sup>16</sup> STS (Sala 2.ª) de 6 de diciembre de 1882 (J.C, tomo 27, 1882, núm.6387, p.414 y ss.): “No siendo valorable el honor, en los delitos cometidos contra él no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio ni imponer al delincuente como responsable civil consiguiente a la criminal que haya contraído, la de pagar una indemnización al ofendido”.

<sup>17</sup> STS de 6 de diciembre de 1912. “La honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada incapacitándola para ostentar en ella de carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo, por tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador al legislar y a los Tribunales encargados por la ley de aplicar y de realizar la justicia con el propósito de remediarlos para procurar se fije una norma reguladora, estableciendo una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro Derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cuál sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer al capricho de la pública maledicencia”

daño moral, sino que la consideración de este como daño sería suficiente. Además, admitió la primera distinción de indemnización del daño moral impropio o indirecto, distinto del daño patrimonial directo que sería aquel en el que se atenta directamente contra bienes no patrimoniales, ocasionando indirectamente daños patrimoniales. A los daños morales añade una nueva categoría la de los “consecutarios naturales y lógicos, otros daños, los materiales y los sociales”<sup>18</sup>. En este caso lo que se indemniza no es el daño moral puro sino los perjuicios patrimoniales que indirectamente causa.

3. En tercer lugar, una nueva etapa es iniciada con la STS del 14 de diciembre de 1917<sup>19</sup>, reconociendo la indemnización de los daños morales, a expensas de cuales puedan ser sus consecuencias en el patrimonio. Será entonces cuando se produzca una incesante ampliación de estos daños hasta llegar a casos tan notorios como el de la STS de 23 de mayo de 1975<sup>20</sup> que declara el derecho a ser indemnizado a un compositor por los perjuicios que le son ocasionados al hacer una versión “pop” de una de sus composiciones una banda musical.
4. Finalmente resulta muy ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 5 de febrero de 2009. En esta se hace una definición dinámica del concepto de daño moral desde los años 90, hasta el primer decenio del siglo XXI.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo A., *Derecho de daños*, Thomson-Civitas Reuters, 2013, p.147-150

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 diciembre 1917. Que incorpora la siguiente.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1975.

<sup>21</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de 5 de febrero de 2009: “*La doctrina jurisprudencial ha venido a establecer que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (STS. de 22 de mayo de 1995), y como tal se ha referido al impacto psíquico o espiritual (STS de 23 de julio 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (STS de 27 de enero 1998), impacto quebranto o sufrimiento psíquico. Conforme señaló ya la STS de 25 de junio 1984, en el momento actual predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como si el ataque afecta al acervo extramatrimonial o de la personalidad y por ello la reparación del daño moral, si bien no atiende a la reintegración del patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. Y asimismo ha establecido la doctrina jurisprudencial que en la indemnización por daños morales su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, sino que a tal efecto han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso (STS de 19 de octubre 2000)*”.

La doctrina se pronuncia sobre la anterior jurisprudencia, destacando los siguientes puntos:

- a) La legitimación activa corresponde al lesionado y, en ciertos casos a sus parientes más allegados.
- b) En la prueba tendrá mayor importancia la libre apreciación del juez, según las reglas del criterio humano.
- c) Para estar a la cuantía de la indemnización serán criterios:
  - Las condiciones de la persona ofendida.
  - La mayor o menor publicidad de la ofensa.
  - Que del daño moral se deriven repercusiones patrimoniales, aunque solo sean previsibles.

Sobre la Constitución y los Derechos fundamentales: La Constitución de 1978 enumera los derechos que se ven perjudicados con este tipo de daños. En este mismo año la Ley de 26 de diciembre de 1978 se encargará de regular los ámbitos civil y penal de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, es decir el derecho a la libre expresión, reunión, asociación, libertad religiosa, inviolabilidad del domicilio, etc. Por último, el Decreto de 20 de febrero de 1979 añadirá a la lista de derechos protegidos mencionada, los derechos al honor, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, etc. El reconocimiento del daño moral como tal y de la posibilidad de su indemnización serán incorporados expresamente por la LO de 5 de mayo de 1982 sobre «protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

Sobre los nuevos derechos reconocidos y protegidos se declara lo siguiente:

- a) Tienen carácter irrenunciable, inalienable o imprescriptible, debiendo evitarse en cualquier caso incurrir en intromisión ilegítima.
- b) Estas intromisiones ilegítimas son enumeradas por ley. El Tribunal Supremo afirma que sus titulares no son las personas jurídicas sino las físicas.
- c) La acción corresponde al titular y, en caso de fallecimiento, a quien este designe en testamento; en su defecto al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos. En último término al Ministerio Fiscal.

d) La tutela judicial podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el art. 53 de la CE. (No obstante, mientras este último no sea desarrollado, la LO establece que dicha tutela podrá obtenerse por los procedimientos de la Ley de 26 de diciembre de 1978 antes citada). En último término, cabe interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en los supuestos que recoge su propia LO de 3 de octubre de 1979.

e) Finalmente, las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas que cause un daño moral caducarán a los cuatro años desde que pudieron ser ejercitadas.<sup>22</sup>

## **2.2. Función compensatoria.**

Llegados a este punto, resulta esencial analizar los motivos que llevan a los órganos jurisdiccionales a reconocer las denominadas “indemnizaciones” por daños morales y cuáles son las funciones que cumplirán.

El carácter indemnizable del daño moral no siempre ha sido reconocido. No obstante, hoy, es bastante común que los daños morales sean reparados al superarse la consideración de su resarcimiento como “amoral” o de “excesiva dificultad”, a partir de la Sentencia del TS de 6 de diciembre 1912<sup>23</sup>. Quedan así incluidos en los “daños causados” de los arts. 1101 y 1902 CC, salvo disposición en contrario. Años atrás el art. 110 CP estableció que la responsabilidad comprenderá “La indemnización de perjuicios materiales y morales”. No es necesario ningún cambio legislativo para su inclusión, basta con no limitarse su interpretación. A día de hoy, si bien está admitida la indemnización del daño moral, la función de ésta, así como su cuantía no lo están. La DRAE expresa que indemnizar es dejar indemne, “libre o exento de daño”. Tal definición resulta escasa o insuficiente para el daño moral pues no parece que con una mera indemnización pueda desaparecer, sea cual fuere la cuantía ofrecida. Sobre su indemnización establece el art. 10:301 PETL: “Daño no patrimonial. 1) En atención al alcance de su protección, la lesión

---

<sup>22</sup> FERRER VICENTE, José María. *La cuestión de los daños morales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2007, p.6-33

<sup>23</sup> STS 6 de diciembre de 1912, “*que primeriza en la consideración de la indemnización del daño mora. Dando una visión y cuantificación arbitraria, pero también se puede afirmar que toda indemnización (con algunas excepciones) puede serlo y, desde luego, la dificultad en la determinación no debe influir en la prosperabilidad de una reclamación justa..... esta Sala debe determinar discrecional, que no arbitrariamente, la cuantía de la indemnización y se fija prudencialmente*”

de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial. 2) En general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. 3) En los casos de daño corporal, el daño no patrimonial corresponde al sufrimiento de la víctima y al perjuicio de su salud física o psíquica.”<sup>24</sup>

Para avanzar en dicho análisis DE ANGEL, defiende que acoger la tesis que podemos denominar de la «satisfacción» constituye la respuesta a un problema que, sin ninguna duda, se plantea al juez, que no es otro que el de fijar la cuantía monetaria capaz de proporcionar a quien ha sufrido un daño moral, la sensación de desaparición del perjuicio, ya que los daños morales “escapan a toda posibilidad de estimación basada en criterios objetivos de unánime aceptación o, sin más, racionalmente convincentes”.<sup>25</sup>

Por su parte MARTIN CASALS, partirá de la diferenciación entre la función compensatoria, y la función de desagravio aplicada a los daños en general, y a los que en este caso tratamos. Si bien la primera sustituye los bienes dañados por otros bienes, ésta no será aplicable al daño moral dada la dificultad de definir dicha indemnización, luego lo que se hará será tratando de mantenerse en las mismas líneas, ofrecer a la víctima unos bienes que a pesar de no tener las mismas características que los anteriores puedan proporcionar la satisfacción de deseos o aspiraciones distintos, pero de equivalente valor. Esto ha dado lugar a lo que MARTIN CASALS, denomina, teoría del *solatium*, teoría seguida por la denominada de “*superación*” en la que el autor afirma que, dadas las dificultades de resarcir económicamente el daño moral en sentido estricto, bastará con permitir al perjudicado que obtenga sensaciones agradables que equilibren las desagradables. La indemnización cumple una función de desagravio o reparación.<sup>26</sup>

En palabras de G. RIPERT, la pretensión de la condena es y ha sido en todo momento penar al autor del delito, en ningún caso se trata pues de complacer al afectado a pesar de que este sea el efecto que se produzca y pueda llevarnos a confusión. De esta manera introduce RIPERT un elemento que siempre ha coexistido en el ámbito de las indemnizaciones por daños morales como es el elemento “punitivo”. Luego las

---

<sup>24</sup> NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo A., *Derecho de daños*, Thomson-Civitas Reuters, 2013, p.147-151

<sup>25</sup> DE ANGEL YAGUEZ, R., *Perjuicio morales y de disfrute o placer*, en RES, julio/septiembre de 1993, n°. 75.

<sup>26</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2008, p.95-97

indemnizaciones no tendrán como objeto la satisfacción sino la cautela o el desincentivo. Si existe una falta, recogida como tal en el Código Penal, la parte afectada reclamará que se añada algo a la pena pública por considerarse ésta incompleta o mal entreverada. Como contrapartida, en caso de que no sea así, no constituyendo un ilícito penal, y tras la demanda por parte de la víctima el autor logre salir ileso de las redes del Código Penal, lo que se obtendrá no será una pena pública sino una pena privada que se establece bajo color de reparación. De manera similar hace RIPERT referencia a aquellos supuestos en los que la jurisprudencia, admite las acciones resarcitorias a modo de extraordinario favor, lo cual se interpreta como que la doctrina de la responsabilidad civil se encuentra gravemente influenciada por el imperio de la regla moral. Algo semejante a lo que ocurre con el supuesto de R. SCOGNAMIGLIO, el cual apreciaba que el centro del asunto no está en conocer si la indemnización tiene el carácter de pena como tal o accesorio, a sabiendas de que dichas afirmaciones harían saltar las críticas dando pie a nuevas discusiones y debates que se aferrarían a posturas más penalistas o al bando civilista, pudiendo también adoptar posiciones mixtas. El italiano, centraba la solución al caos sembrado a través de la mera distinción entre daño y pena, diciendo así: “la pena mira esencialmente a infligir un mal al reo o al causante del daño, mientras que el resarcimiento se dirige exclusivamente al lesionado para aliviarlo del mal sufrido, admitiendo que, como la experiencia histórica muestra, el llamado resarcimiento de los daños morales, puede considerarse como una medida de orden penal, pero habrá que reconocer, igualmente, que el *pretium doloris* puede atribuirse en virtud de la exigencia exclusiva o principal de compensar a la víctima del dolor sufrido”. Mientras que los restantes textos legales, quedan apartados por su obsolescencia, incongruencia y contradicción entre sí, más aún si se tienen en cuenta que en otros prevalece la naturaleza punitiva como ocurre en las intromisiones al honor y la intimidad. En definitiva, la doctrina reconoce que ambas posturas encajan cronológicamente en la historia, de forma que la solución será segregar los casos en que domine la intención de violar la ley al responsable añadiendo, una carga de disuasión o prevención de contenido penal, de aquellos en los que predomine la necesidad de satisfacer a la parte afectada tratando siempre de disminuir en medida de lo posible el sufrimiento padecido por la víctima.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2008, p.99-102

Sin embargo, las dificultades no solo son las mencionadas pues, ¿Qué ocurre con su valoración? Sin duda se trata de una dificultosa tarea ya que la valoración de los daños morales es confusa y compleja. Atendamos a este caso: “ante una intromisión ilegítima una persona famosa presenta una demanda contra una revista en la que reclama una indemnización de 50.000.000 de las antiguas pesetas. El Juzgado de 1ª Instancia condena a los demandados a 5.000.000 y la Audiencia eleva la cantidad a 10.000.000. El TS (STS de 31 de diciembre de 1996<sup>28</sup>) considera que las frases aparecidas en el reportaje de la revista no se pueden catalogar como atentatorios graves a la intimidad, sino que simplemente constituyen una propalación de chismes de escasa entidad. La demandante pidió amparo al TC y le fue concedido en STC de 5 de mayo de 2000, anulando la sentencia del TS, y ordenando el dictado de una nueva STS que estableció que las frases se podían calificar como insignificantes pasando a valorar el daño moral en 25.000 pts. La demandante decide acudir nuevamente al TC que decide otorgar amparo a la demandante y a este fin, declarar la nulidad de la Sentencia. En dicho fundamento se declaraba la nulidad de la sentencia y se decidía fijar la cuantía de la Audiencia, esto es 10.000.000 pts. y no devolver el caso de nuevo al TS. Pero la polémica continuó porque en la STS de 5 de noviembre de 2001<sup>29</sup> se criticó con acritud al TC y se ofreció una auténtica guía sobre las cuantías de las indemnizaciones, explicando que estaba más cerca de una proporcionalidad lógica, y además social, la indemnización fijada por esta sala (ascendía a 25.000 pts.) que la que se había fijado por el Tribunal Constitucional que alcanzaba la suma de 10.000.000 pesetas”.<sup>30</sup>

Es destacable también la Ley 30/1995, que establece el sistema de valoración de los daños y perjuicios ocasionados a las personas en un accidente de circulación, llamada en la práctica forense como “el baremo de tráfico”, que fijaba la cuantía máxima indemnizatoria por fallecimiento en 15.000.000 pesetas, sin mayores reflexiones sobre la valoración de los daños morales. Posteriormente la LRCSCVM establecerá un baremo y tablas que facilitarán la fijación, incluyendo una tabla que determina la indemnización en caso de lesiones con apartados separados para indemnizar el valor del daño causado a cada parte del cuerpo. Dicha Ley, como recoge su primer artículo “se ocupa del resarcimiento de los daños causados con motivo de la circulación y a ese ámbito se

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996.

<sup>29</sup> STS de 5 de Noviembre de 2001.

<sup>30</sup> NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo A., *Derecho de daños*, Thomson-Civitas Reuters, 2013, p.174-179



circunscribe”. Ciertamente es, que debido a la seguridad jurídica que supone se le ha dotado de un carácter “imperialista” aplicándose mucho más allá de su estricto ámbito. El apartado 7 del Anexo, refleja la igualdad sin discriminación para todas las víctimas a la hora de establecer la cuantía, buscando así uniformar las indemnizaciones y remarcando que beneficia a las aseguradoras obligadas al pago, expresando que *“Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además las circunstancias económicas, las circunstancias personales, familiares y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado. Son elementos correctores de la disminución en todas las indemnizaciones, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias (...)”*<sup>31</sup>

En lo que concierne a la tributación de las indemnizaciones recibidas por daños morales, es preciso matizar que, puesto que las entidades mercantiles no son objeto de este tipo de perjuicios es necesario que se haga en relación con las personas físicas y más concretamente con el IRPF. Será la Ley 14/2000 de 29 de diciembre de 2011<sup>32</sup> la que lo introduzca, disponiendo en el apartado art.7.9 LI “exención de las indemnizaciones percibidas como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente establecida”.

---

<sup>31</sup> NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo A., *Derecho de daños*, Thomson-Civitas Reuters, 2013, p.178-183

<sup>32</sup> Ley 14/2000 de 29 de diciembre de 2011.

### 2.3. Conclusiones

Han sido y son muy numerosos los intentos que tratan de alcanzar un concepto del daño moral. Produciéndose aún en la actualidad debates doctrinales sobre su contenido como consecuencia de la distracción que el término trae consigo.

La admisión de esta por parte de la jurisprudencia y la doctrina como concepto autónomo, acompañado de una indemnización que trate de compensar los perjuicios causados, es un hecho. Lo cual no trata en ningún momento de convencer del resarcimiento de estos o del denominado quantum indemnizatorio creado a raíz del mismo, cuestión que corresponde a la labor de los abogados y en último término, quedará en manos del arbitrio judicial.

Aproximándonos al estricto campo conceptual, la jurisprudencia no termina de llegar a una clara definición, tratando de reducir al máximo las teorías y criterios expuestos contrariamente a la doctrina. Su aportación se limita a la práctica, pues a través de las sentencias el Tribunal Supremo, así como las Audiencias Provinciales han llevado a cabo una labor de análisis, si bien en su mayoría simplemente se acogen a la resolución del supuesto que se les plantea, sin clarificar la cuestión global. No obstante, dicha tarea sirve para avanzar en el ámbito, recogiendo los supuestos más repetidos y característicos de este tipo de daño y contribuyendo a su avance.

Asimismo, la tarea de la doctrina consiste en identificar estos daños con derechos extrapatrimoniales, personales con la esfera psíquica o física del hombre, con el dolor, sufrimientos, perjuicios... ya sea mediante una definición positiva o negativa del término, si bien es cierto que actualmente esta última se considera incompleta. Dicho esto, nos posicionamos a favor y daríamos conclusión al debate con la definición dada por DIEZ-PICAZO, en alusión a la teoría de MARTÍN CASALS: *“los daños morales son los infligidos a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales. Distinguiendo dos aspectos: uno interno, referido a la esfera interna del sujeto (dolor, angustia, etc.), y otro externo, que se concreta en la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior. Señalando que el daño moral sería “la afectación de la esfera sicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad”*. Todo ello, sin perjuicio de ser matizada, por ejemplo, en el caso de daños causados a las personas jurídicas”.

### 3. SOBRE LAS VARIEDADES DE DAÑOS MORALES

Por lo que se refiere a las categorías de daño moral, podría hacerse una doble clasificación a gran escala. Por una parte, enfocada desde el punto de vista de los bienes contra los que se atentan, y por otra de las categorías de daño moral reconocidos jurisprudencialmente en la actualidad.

#### 3.1. Atendiendo al bien atentado<sup>33</sup>

Se establece una subdivisión en las siguientes 4 categorías

1-Atentados a los **derechos de la personalidad**. A título ejemplificativo, son incluidos la protección del apellido; Protección del nombre de pila; Protección de títulos nobiliarios y escudos de armas.; Protección del seudónimo y del sobrenombre o apodo; Protección de la vida privada.

2-Atentados a los **afectos**, “*Pretium affectionis*”

3-Atentados **corporales**, “*Pretium doloris*” (resarce el daño ocasionado por los padecimientos de la víctima);” *Pretium pulchritudinis*” (por su parte compensan la pérdida de la integridad corporal o perjuicio estético del dañado); finalmente “*Pretium juventuris*” (se trata de un grupo aparte que se ocupa de la compensación del daño hecho a personas jóvenes)

4-Daños **morales diversos**: es un “cajón desastre” en el que se incluyen aquellos no recogidos en las categorías o grupos mencionados supra, véase el incumplimiento del servicio militar, las preocupaciones derivadas de la culpabilidad, aborto ocasionado por el shock de una mujer embarazada tras conocer que su marido ha sufrido un accidente...

---

<sup>33</sup> ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano, *Aspectos de la responsabilidad civil con especial referencia al daño moral*, Anales de Derecho Universidad de Murcia, nº9, 1986, p. 56-57

### 3.2. Clasificación actual<sup>34</sup>

Avanzando en nuestro razonamiento, se trata de una categoría que amplía y profundiza la precedente. Presenta límites dotados de cierto dinamismo<sup>35</sup> lo que se traduce en un “*numerus apertus*”, categoría a la que pueden añadirse daños morales que como consecuencia de la evolución, desarrollo y constante cambio sean considerados como tales, a pesar de que con anterioridad no fueran siquiera concebibles como tales.

Jurisprudencialmente se reconocen las siguientes categorías:

**-Pérdida de agrado**, comúnmente admitida como pérdida de placer. Envuelve la pérdida de los goces normales y cotidianos de la vida, pudiendo incluir por tanto lo que denominamos “calidad de vida”.

**-Perjuicio sexual**, engloba aquellos casos en los que se ve truncada o reducida la posibilidad de mantener relaciones sexuales y consecuentemente de procrear.

**-Perjuicio estético**, también conocido como “*Pretium pulchritudinis*” pretende reparar cualquier deformidad o fealdad ocasionada a la víctima.

**-Perjuicio de afecto** o “*Pretium affectionis*” y que trata de indemnizar el dolor ocasionado al dañado, es un perjuicio de lo más heterogéneo, ya que el carácter de afecto hace referencia a la pérdida de algo o alguien con quien la víctima mantiene una relación afectiva, por lo que habrá que atender al caso concreto.

**-Pretium doloris**, a diferencia de los mencionados los daños de esta categoría son en mayor o menor grado “medibles” inserta aquellos daños físicos y psicofísicos padecidos por la víctima.

---

<sup>34</sup> NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo A., *Derecho de daños*, Thomson-Civitas Reuters, 2013, p.155-162

<sup>35</sup> STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242) “del daño moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología no son traducibles en la esfera económica... Y puede entenderse en esa línea como daño moral en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de la personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir en los daños materiales ni corporales”.

En consonancia con el carácter de “*numerus apertus*” definido in extenso precedentemente, las enumeradas no son más que aquellos perjuicios más empleados en la actualidad, luego existen otras (perjuicio juvenil, perjuicio de ocio...)

Además, podrán ser combinadas varias de las categorías de daño moral.

#### **4. CASOS NOVEDOSOS**

##### **4.1. Anticoncepción fallida**

El daño moral que afecta a las víctimas de anticoncepciones fallidas, es en palabras de MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ indemnizable, así como los daños derivados de la afeción, frustración y angustia provocados por la imprevisible concepción de un hijo.<sup>36</sup>

##### *4.1.1. Operaciones de esterilización que no impiden la concepción de un hijo sano, pero no previsto.*

Muchos son los casos que se han planteado ante el Tribunal Supremo, un primer grupo estaría conformado por aquellas operaciones en las que se practica la esterilización, pero que aun así se produce la concepción de un hijo sano, aunque no esperado. En gran parte, las sentencias que tratan casos de vasectomías están exentas de indemnización alguna a los progenitores, ya que en la mayoría no resulta posible la demostración de la negligencia del médico responsable. Así, la doctrina se inclina por considerar que, la imprevista concepción se debe a una “re canalización espontánea” que el médico habría pertinentemente advertido, o por otra parte culpar directamente al afectado por no seguir las recomendaciones de los expertos a cerca de continuar haciendo uso de las medidas de precaución, durante las semanas próximas a la operación. De esta manera, de las *SSTS de 31 de enero de 1996 (Art. 546), 11 de febrero de 1997, y 2 de noviembre de 2000; y 3 de octubre de 2000*, únicamente se reconocerá indemnización a la *25d de abril de 1994 (Art. 3073)*<sup>37</sup>. Ésta última era un supuesto de una vasectomía que había sido practicada

---

<sup>36</sup> MARTÍN CASALS, Miquel. FELIÚ SOLÉ, Josep. *Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*, inDret, 2001.

<sup>37</sup> STS de 25 de abril de 1994. *Entre las sentencias relativas a vasectomías fallidas son indemnizadas también por infracción del deber de informar sobre la posibilidad de fracaso de la operación, las SAP*

satisfactoriamente, si bien el medico no había informado al paciente del riesgo de recanalización espontánea. Como consecuencia el afectado no tomó medidas preventivas (métodos anticonceptivos) en las semanas siguientes a la operación, y meses más tarde su mujer quedó embarazada de gemelos. La Audiencia Provincial, concedió una indemnización de 9.000.000 de pesetas por daños morales y materiales, pero a pesar de ello rechazó los alimentos de los hijos. El TS por su parte se mantuvo en la decisión de la AP, pero matizó que no se trataba de una “indemnización por daños morales, sino como ayuda a la alimentación y crianza de los mismos [de los gemelos inesperados]”.

Es evidente que el nacimiento de un hijo nunca puede ser entendido como un daño, por lo que la cantidad objeto de condena tenía por objeto la ayuda a la crianza de los hijos no esperados.

En esta primera clasificación se incluyen además los casos de *ligaduras de trompas que no impiden concebir un hijo*. En ocasiones el TS desestima la indemnización acreditando que la ligadura de trompas fue realizada satisfactoriamente por el médico y que este además advirtió al demandante del posible fracaso como es el caso de la STS 27 de junio de 1997 (Art.5758).<sup>38</sup>

No obstante, como ocurre en otros casos el TS admite la negligencia del médico en la operación de manera que, la esterilización es fallida.

Así en la STS de 10 de octubre de 1995<sup>39</sup>, una mujer se somete a una operación de ligadura de trompas que le es realizada de manera negligente y meses más tarde, la afectada concibe una hija que nace con malformaciones y al poco tiempo fallece. El Juzgado de Primera Instancia y la AP estimaron la demanda, condenando al médico y al Insalud al pago de una indemnización de 15.000.000 de las antiguas pesetas. No obstante, el TS

---

*Barcelona 30.7.1990 (RJC 1990/4), 5.000.000 ptas.; SAP Badajoz 22.4.1991 (La Ley 1991-3), 9.000.000 ptas.; SAP Valladolid 12.2.1994 (AC 1994\361), 9.000.000 ptas.; SAP León 17.6.1994 (AC 1994\999), 9.556.997 ptas.; SAP Baleares 21.1.1997 (AC 1997\136), 5.000.000 ptas.; SAP Álava 18.5.1998 (AC 1998\5514), 5.000.000 ptas.; SAP Alicante 9.7.1999 (Colex Data 99PC1796), 7.300.000 ptas.; SAP Valencia 18.1.2000 (AC 2000\2904), con pensión de 50.000 pesetas al mes hasta abandonar la minoría de edad el concebido.*

<sup>38</sup> STS 27 de junio de 1997. *Idéntica solución que a la que llegan la STSJ Cataluña 9.11.1993 (AS 1993\4887); STSJ Cantabria 11.7.1997 (AS 1997\2424); SAP Valencia 23.10.1996 (AC 1996\1844); SAP Madrid 14.9.1998 (RGD no 656, mayo 1999, p. 6369); SAP Barcelona 7.3.2000 (AC 2000\902).*

<sup>39</sup> STS de 10 de octubre de 1995

estableció la pertinencia del recurso de casación interpuesto por el médico, al considerar la inimputabilidad del médico en los daños sufridos como consecuencia de los problemas de formación de la niña, si bien sí, los derivados de su inesperada concepción. Para la reclamación de responsabilidad extracontractual, se aplicó la prescripción de un año de la acción y al comenzar esta el día del parto y tanto la reclamación como la demanda se habrían practicado una vez ésta había prescrito.

Por su parte en la STS de 5 de junio de 1998, valora un supuesto en el que se practicó la ligadura de la trompa derecha de una mujer, pensando que le habían extraído el ovario izquierdo en otra intervención. Resultando equivocada dicha creencia al no habersele extirpado por completo sino de manera parcial. Tras la intervención la paciente quedo embarazada de gemelas. El Tribunal de Primera Instancia condenó al demandado del pago de una indemnización por valor de 15.000.000 pesetas. La AP admitió el recurso de apelación interpuesto por el médico quedando absuelto, pero finalmente, el TS admitió el recurso de casación interpuesto por la paciente, condenando al facultativo a indemnizarle con 8.000.000 de pesetas, respondiendo por daños patrimoniales del incremento de los gastos a la familia, así como baja por maternidad durante el embarazo y parto de la madre.

Para terminar, la STS 11 de mayo de 2001 (La Ley n. 5323, martes 5 de junio de 2001), recoge el caso de una vasectomía realizada satisfactoriamente, cumpliéndose el deber de información de los riesgos por parte del médico, confirmada por una serie de espermogramas que resultaron negativos, pero meses después la mujer del paciente concibió un hijo. Los afectados interpusieron una demanda frente al médico responsable de la operación, sin embargo al considerarse que la concepción fue consecuencia de que mantuvieron relaciones sexuales durante las semanas siguientes a la operación sin los métodos preventivos pertinentes, se desestimó.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> STS de 11 de mayo de 2001. La AP en ocasiones condena al médico que llevo a cabo satisfactoriamente la operación, pero no el deber de informar (SAP Barcelona 20.9.1999, AC 1999\1973, 4.000.000 ptas.), y en otros casos lo condenan por practicar negligente de la operación (la SAP Barcelona 20.12.1999, AC 1999\8489, 10.000.000 ptas., en la que la esterilización se había practicado de forma incompleta sobre la trompa derecha dejándose intacta la izquierda)

#### *4.1.2. Colocación negligente o puesta en circulación de mecanismos anticonceptivos ineficaces que no impiden el embarazo.*

En esta línea, la STS de 24 de septiembre de 1999<sup>41</sup> establece que, desarrollándose los hechos en el “Centro de Planificación Familiar de Gandía”, una joven acudió al mismo a colocarse un DIU, que más tarde resultó ser ineficaz y consecuentemente ésta quedó embarazada. La joven interpuso una demanda contra la Diputación Valenciana, ya que de ésta la titular del Centro en cuestión, así como a la empresa encargada de la fabricación del DIU con resultado de condena a la empresa únicamente el Juzgado de Primer Instancia y de manera solidaria a la empresa y a la Diputación por parte de la AP, al pago de una indemnización de 2.000.000 pesetas en concepto de daños morales y materiales. Por último, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de apelación negando el recurso de casación que interpuso la Diputación.<sup>42</sup>

#### *4.1.2. Conclusión*

El supuesto de hecho de la sentencia es tecnológicamente complejo y de apariencia moderna. La colocación de DIUS, o métodos de anticoncepción, han sido introducidos en los últimos años. La jurisprudencia vigente en la época no estaba preparada para enfrentarse a casos de este tipo, de manera que ha tenido que realizar algunos cambios, a fin de adaptarse a las necesidades de la nueva sociedad. A medida que ésta se moderniza, la jurisprudencia también, lo cual dota de un gran dinamismo al concepto de daño moral y a su resarcimiento.

---

<sup>41</sup> STS de 24 de septiembre de 1999

<sup>42</sup> MARTÍN CASALS, Miquel. FELIU SOLÉ, Josep. *Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*, inDret, 2001, p.4-6



## 4.2. Billetes falsos

El supuesto de los billetes falsos, puede entenderse a través de dos conocidas sentencias en las que se infligía un daño moral a partir del suministro por parte del banco de dólares falsos, falsedad ignorada por los propietarios de los billetes, y que como consecuencia dio lugar a una serie de sucesos en país extranjero, con intervención de la policía.<sup>43</sup>

En primer lugar y por orden cronológico, la STS de 17 de febrero de 2005 en ella Luz y Mariano acuden a una sucursal de Banco Santander situada en Laredo para cambiar pesetas por dólares pues planeaban un viaje a Rusia. En la oficina del banco les fueron entregados tres billetes de cien dólares. Al llegar a Rusia la pareja realizó un pago en efectivo y los billetes resultaron ser falsos, provocando un gran alboroto y escándalo en el establecimiento comercial, siendo finalmente llevados a comisaría donde se les detuvo y privó de sus pasaportes.<sup>44</sup>

Un mes más tarde, la STS de 28 de marzo de 2005, narra un supuesto idéntico en el que, el afectado acude a la misma oficina de Banco de Santander en la localidad de Laredo, para realizar un cambio de pesetas a dólares que iban a ser utilizados en Estados Unidos, siéndoles suministrados seis billetes de cien dólares. Una vez allí, el afectado convivió con una residente americana, de nombre con la que trató de abrir una cuenta en el “Fifth Third Bank de Cincinnati” (Ohio), donde identificaron que los billetes eran falsos. El Banco dio aviso a la policía y la pareja fue detenida, interrogada en público y dirigida a comisaría donde fueron interrogados, fotografiados, con toma de huellas... y sólo cuando mostraron el resguardo de Banco Santander fueron liberados.

La jurisprudencia en ambos casos determinó que habían existido de daños morales pues los hechos enjuiciados “afectan a intereses espirituales del ser humano, evidentes en el caso en que se produjeron atentados al sagrado derecho de la libertad personal prescindiendo del tiempo que duraran, el derecho a la dignidad por las afrentas y vejaciones sufridas y el derecho a la seguridad jurídica, al verse inmersos en situaciones violentas”.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> En relación con lo anterior ver Ley XXVII, 66440, 14 de marzo de 2006, comentarios de Ramón García Varela “*El incumplimiento contractual y el daño moral*”.

<sup>44</sup> STS de 17 de febrero de 2005.

<sup>45</sup> STS de 28 de marzo de 2005

Cabe reseñar en primer lugar, que se trata de un daño moral contractual, no obstante en España el Derecho positivo solo contempla la vulneración de una obligación contractual con un daño patrimonial en el Código Civil en su artículo 1.106 rezando: “*la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia dejada de obtener, de manera que no existe base legislativa para poner en marcha un daño moral*”. Lo que ocurre, es que únicamente pueden considerarse si en su contenido existiera alguna obligación de conservar la integridad de los bienes materiales.

Afirma DIEZ PICAZO, en *El escándalo del daño moral* que “vuelve a surgir la idea de los atentados y lesiones a derechos y a derechos de carácter fundamental, como lo que llama el sagrado derecho de la libertad personal o el derecho a la seguridad jurídica, mientras por otro lado aparece la idea de no ser objeto de afrentas o vejaciones y de no verse uno inmerso en situaciones de violencia”.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2008, p.39-43

### 4.3. Turismo y transporte de viajeros

#### 4.3.1. Ejecución defectuosa de un contrato de viaje combinado

Un primer caso responde a la posible existencia del derecho a resarcir el daño inmaterial ocasionado por la “ejecución defectuosa de un contrato” ya sea de un viaje combinado o del contrato de unas vacaciones con servicios combinadas. Se trata del Asunto C-168/00 (Simone Leitner v TUI Deutschland GMBH & Co KG) donde el primero, se vio obligado a suspender sus vacaciones al ser intoxicado por ingerir la comida del restaurante del lugar en el que se hospedaban. El TJUE resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Landesgericht Linz (tribunal austríaco) basado en la Directiva 90/314/ CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990.<sup>47</sup> El Tribunal de Justicia reconoce la existencia del derecho de los consumidores al resarcimiento de aquellos daños morales ocasionados por la ejecución defectuosa de un contrato de viaje en los supuestos anteriores.<sup>48</sup>

#### 4.3.2. Viajes de novios

##### *i. Reclamación de los daños y perjuicios tanto materiales como morales.*

En este caso los demandantes eran un matrimonio que se disponía a disfrutar de su luna de miel. Al llegar al destino, la maleta de uno de ellos fue extraviada y ocho días más tarde de la desaparición continuaba si ser entregada. Ocho días en los que el uso de la ropa, objetos personales... no fue posible sumado a la angustia e incertidumbre que el suceso acarreó a los afectados. La AP dictó que la indemnización por la pérdida del equipaje y los posibles daños morales habría ocasionado, eran compatibles, al considerar que el hecho de haberlos extraviado no les habría permitido disfrutar de las vacaciones de la manera que esperaban. *"La procedencia de la indemnización por daños morales en supuestos de pérdida de equipaje, como en el presente caso, ha sido puesta de manifiesto por esta Sala en las sentencias anteriormente mencionadas, y de cuya trascrición, en el fundamento segundo de la presente resolución, se infiere que la pérdida de equipaje, por*

---

<sup>47</sup> Directiva 90/314/ CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990.

<sup>48</sup> Asunto c-168/00

*las molestias que conlleva, la perturbación en el ánimo de los viajeros, la incomodidad, la natural preocupación, justifica su estimación"* dicta la resolución de la SAP Baleares núm. 188/2004, de 5 mayo.<sup>49</sup>

ii. *Incremento de la indemnización al tratarse de un viaje de novios.*

El vuelo del matrimonio fue retrasado más de ocho horas, en condiciones normales la compañía aérea debería haberles proporcionado alojamiento y asistencia necesaria, obligación que nunca se les proporcionó. De manera estimativa, para llevar a cabo el cálculo de la indemnización por daños morales pertinentes, la sentencia equipara el suceso a la pérdida íntegra de uno de los días de vacaciones, cantidad que además será aumentada en un 25% al tratarse de una luna de miel por el carácter especial, único e irrepetible del viaje. *"Es doctrina reiterada de las Audiencias Provinciales, entre las que se pueden citar las Sentencias de la AP Baleares de 19 de enero de 2005, AP de Madrid de 9 de diciembre de 2004, AP Barcelona de 5 de febrero de 2004, y, en especial, la de esta misma Audiencia y su Sección 4ª de fecha 20 de enero de 2003, la utilidad del criterio orientativo del precio del viaje concertado a la hora de fijar una indemnización por daños morales, de tan difícil cuantificación, acudiendo a la reducción proporcional del precio en razón al tiempo perdido, o fijando este quantum como un porcentaje de aquel"*. Dicta la SAP Las Palmas núm. 436/2005, de 16 septiembre.<sup>50</sup>

4.3.3. *Cuantificación del daño moral por denegación de embarque por no poder asistir a acontecimiento familiar*

“Será de 900 euros la cuantía a abonar a afectados o demandantes en concepto de daños morales en atención a las circunstancias del caso, tales como la denegación de embarque en vuelos intermedios con el mismo destino, viéndose obligado el perjudicado a pernoctar

---

<sup>49</sup> SAP de Baleares núm. 188/2004, de 5 mayo de 2004.

<sup>50</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 436/2005, de 16 septiembre de 2005.

en Madrid y llegar al destino 11 horas más tarde del horario previsto. Además, el demandante no pudo asistir a un importante acontecimiento” dicta el Reglamento.<sup>51</sup>

#### 4.3.4. Retenciones

Es destacable la SAP de Burgos, Sección 3ª, núm. 225/2006 de 31 de julio<sup>52</sup> (confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 473/2010 de 15 de julio) en la que “*se condenaba a la concesionaria de una autopista a indemnizar con 150 € en concepto de daños morales a los consumidores y usuarios que habían permanecido retenidos en ella durante diecisiete horas*”.<sup>53</sup>

#### 4.3.5. Conclusión

No es preciso calificar los daños tratados tanto como “novedosos”, pues los incidentes en el turismo y transporte de viajeros vienen sucediendo desde años atrás. Sin embargo, lo que si puede ser considerado de actualidad, es el derecho a la personalidad y al ocio, y el gran papel que cobran hoy en día. Son reconocidos como un derecho. No como una infracción de deberes éticos, sino individual y subjetivo, de tal importancia que la sociedad tiene una gran conciencia acerca de cuáles son los derechos de la personalidad de los que son merecedores, y en caso de verse lesionados mínimamente acudirán a los Tribunales para reclamarlos, episodios que cada día se repiten más a diferencia de lo que sucedía. Lo anterior hace que la sociedad se ajuste a los cambios. Algo que se ve muy reflejado en el caso de los Tribunales, quienes funcionan previa demanda, al ser superior el número de pleitos el número de juzgados y jueces ha aumentado notablemente.

---

<sup>51</sup> Reglamento (CE) 261/2004, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos.

<sup>53</sup> SAP de Burgos, Sección 3ª, núm. 225/2006 de 31 de julio

#### 4.4. Incumplimiento de deberes conyugales

##### 4.4.1. Deber de convivencia

El artículo 68 del CC con relación al deber de convivencia expresa que “[...] los cónyuges vivirán juntos en el mismo domicilio”. Sin embargo, va más allá ya que en caso de que uno de los cónyuges tome de manera unilateral la decisión de abandonar al otro y dejar de vivir juntos, ocasionándole perjuicios, se debate si se consideraría o no como infracción de deberes conyugales.

Dentro de los debates, existe la cuestión de si el mero hecho de abandonar el hogar por uno de los cónyuges puede considerarse daño moral suficiente para dar lugar a la indemnización del afectado, que es el cónyuge que permanece en el hogar. O contrariamente si sería necesaria una cualificación en el incumplimiento del deber de convivencia, produciéndose en una situación especial de indefensión del perjudicado.

La Ley 15/2005 recoge “*una separación judicial descausalizada en la que cualquiera de los cónyuges, ya sea de mutuo acuerdo o unilateralmente, puede solicitar la separación judicial, ya indica que es complicado que la infracción del deber de convivencia pueda conllevar una indemnización por trasgresión de los deberes conyugales. Debido a que de entenderlo así se estaría poniendo un precio a la separación, cuando el legislador ha querido dejar libertad a los ciudadanos en este aspecto. Empero, el Código civil no regula la denominada separación de hecho, en la cual uno de los cónyuges abandona la convivencia de facto, y en la que sí podría existir responsabilidad*”. Igualmente, la SAP de Segovia de 30 de septiembre de 2003<sup>54</sup>, afirma que a pesar de que el cónyuge abandonara a su esposa quien padecía una complicada patología, no podía calificarse como infracción. No obstante, fue admitida y el esposo continuó respondiendo de los alimentos mediante el pago al cónyuge del 50% de su pensión.

El Código Penal en su art.226 recoge el delito de abandono de familia: “*con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses para quien abandone la asistencia necesaria para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge*”. Lo

---

<sup>54</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2003 (JUR 2003/244422).

que se castiga no es el mero abandono sino el abandono en la prestación de asistencia. Nos remitimos nuevamente a la SAP Segovia de 30 de septiembre de 2003.

Hay que resaltar, que pese al título de la sección en la que se contiene este artículo, no se estaría penando el simple abandono, sino, y de acuerdo a la literalidad del precepto, lo que se pena es la dejación en la prestación de asistencia. Algo que concuerda con la SAP Segovia de 30 de septiembre de 2003, ya mencionada, donde el resarcimiento no se limitaría a la vulneración del deber de convivencia sino de dejar de ayudar y mantener a su mujer pues como indica la STS de 25 noviembre de 1982<sup>55</sup>, la prestación de alimentos debe continuar a pesar de la separación.

De donde se infiere que, puesto que la violación del deber de convivencia en sí puede considerarse una vulneración de los deberes conyugales indemnizable, el incumplimiento del deber de socorro mutuo unido al abandono podría llegar a suscitar responsabilidad extracontractual por daño moral. Sin embargo, no tiene sentido aplicarla ya que la ley penal y civil fija un régimen propio para las vulneraciones del deber de prestar alimentos en sus respectivos ámbitos.

#### 4.4.2 *Deber de respeto mutuo*

##### *i. Intimidad y Honor*

Consistiría en la revelación de confidencias del núcleo familiar o información del mismo por uno de los cónyuges dañando al otro. El art.18 CE no admite excepciones por razón matrimonio pues está ligado a la dignidad personal que es invariable dentro de la relación. Aunque dentro del matrimonio puede distinguir entre la intimidad personal (única y exclusiva de cada uno de los cónyuges) y la intimidad familiar

---

<sup>55</sup> Sentencia Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5908). Algo distinto a lo que ocurre en la jurisprudencia extranjera donde si que se indemniza únicamente por este concepto. En la Sentencia Corte de Apelación de París, de 8 de septiembre de 2010 (Cour Paris 8 septiembre 2010 Juris-Data: 2010-016261) se condenó a una esposa por abandonar el hogar de forma intempestiva al pago de 2.000 euros a su esposo. También la Sentencia de la Corte de Apelación de Orleans de 9 de noviembre de 2010 (Cour Orleans 9 noviembre 2010 Juris-Data: 2010-026273) donde se condenó a un esposo por el abandono de su cónyuge al pago de 3.000 euros.

(referente a los dos en conjunto), ¿La violación de esas intimidades generaría el deber de indemnización por lesionar el deber de respeto mutuo?

Según la doctrina, la violación del deber de intimidad personal lleva a consigo una sanción al considerar el matrimonio como “un lugar donde desarrollar la individualidad de los miembros”.

En la STS de 14 de mayo de 2001<sup>56</sup> el esposo instaló grabadoras en la casa que compartía con su mujer para investigar si ésta le era infiel. El primero afirmó que *“por libre voluntad de las partes, el contrato matrimonial deja fuera del derecho fundamental a la intimidad personal, el ámbito que afecta al derecho/obligación de fidelidad.”*, el TS por su parte contestó *“porque esa invocada «dimensión familiar» de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el art. 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia.”*, y en aplicación del artículo 197 del Código penal el demandado fue finalmente condenado.

Ni la dimensión familiar ni los derechos conyugales limitan el derecho a la intimidad al no consentir que un cónyuge interfiera en la intimidad del otro sin su autorización. No está tan claro si el descubrimiento por uno de los cónyuges de esta información, parte del núcleo familiar, sería digna de protección o si contradictoriamente al considerarse parte de su vida privada (pues el núcleo familiar lo es), podría este libremente destapar la información. La SAP Gerona 18 de marzo de 2004<sup>57</sup> analiza un supuesto en el que uno de los cónyuges publicó un libro en el que se narraban algunos sucesos de su vida privada, estimando digno de indemnización el daño moral que le provocaron estas revelaciones con publicidad a la parte afectada. La solución jurisprudencial no admite dudas: , *“aunque esta intimidad es compartida por ambos cónyuges, en la medida que puede perjudicar a uno de ellos no podrá ser divulgada libremente por el otro cónyuge sin consentimiento del primero”*

---

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2001. En relación se encuentra la Sentencia de 18 de noviembre de 2014 (RJ 2014\5953).

<sup>57</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Gerona de 18 de marzo de 2004 (AC 2004,709).



ii. *Daños físicos y psíquicos*

El deber de respeto mutuo no se desprende únicamente del apartado anterior pues también supone, conforme al artículo 18 CE como derecho fundamental, el deber de respeto de la plenitud tanto física como psíquica.

Esta protección se manifiesta en dos aspectos: en el ámbito civil incluyendo los “accidentes domésticos” y por otro el penal integrado por delitos tales como “violencia de género” a la mujer o “delitos de lesiones” al marido.

En primer lugar, los denominados “accidentes domésticos” como se deduce de su nombre, serían los que se producen entre los miembros de una familia bien sea en el domicilio familiar, o en el exterior fuera del alcance de la responsabilidad extracontractual. A simple vista, este tipo de altercados no se identifican con violaciones de los deberes conyugales en ningún caso, pues es más acertado relacionarlos con el individuo en sí ya que es en el hogar donde este toma menos prevenciones para tratar de disfrutar en mayor medida de su libertad dice el TS. Dicho lo anterior, el derecho extranjero con la incorporación de las aseguradoras planteó la probabilidad de que las partes pudieran perjudicarse al refugiarse los seguros en que se trataba de “intimidad conyugal” y así quedar exentos de indemnizar los daños ocasionados.

A continuación, el ámbito penal, tanto la “violencia de género” como el “delito de lesiones” según el artículo 18 CE están sujetas a la protección penal y nunca por el ordenamiento civil extracontractual, por vulnerarse el deber de mutuo respeto y ser una conducta voluntaria y dolosa merecedora de reproche social conforme al principio de intervención mínima penal.

De lo anterior, se deduce que en estos supuestos no será de aplicación el artículo 1.902 C.C. y la indemnización sería *ex delicto*, es decir la derivada de la responsabilidad penal.

Y ello a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado donde a veces sí que se indemnizan civilmente los daños físicos en el ámbito civil, como es de ver en la Sentencia

de la Corte de Apelación de Rennes, de 8 de octubre de 2007 , un caso de violencia de genero con una indemnización de 5.000 euros.<sup>58</sup>

#### *4.4.3. Deber de asistencia y socorro mutuo*

Poco hay que añadir a lo expuesto supra a cerca del deber de alimentos entre los cónyuges. Tiene una regulación propia en los ámbitos civil y penal relacionada con la prestación de alimentos, por lo que la responsabilidad civil extracontractual recogida en el artículo 1902, no será en ningún caso susceptible de ser aplicada.

#### *4.4.4. Deber de fidelidad*

Se trata de un deber cuyo incumplimiento ha tenido y tiene cada vez mayor trascendencia. La respuesta se encuentra en que si bien los demás deberes podían eventualmente ser trasgredidos y permanecer el matrimonio a pesar de ella, la fidelidad resulta esencial para su persistencia.

De esta manera, la infidelidad o contravención del deber de fidelidad provoca con respecto de los deberes de respeto mutuo y convivencia una desvalorización abismal, llegando a considerarse que éste además implícitamente infringiría el deber de respeto entre los cónyuges llevando en ocasiones al matrimonio a su fin. Individualmente las apreciaciones éticas no provocarían ninguna consecuencia jurídica, sin embargo, al unirse al quebrantamiento de algún deber jurídico como así ocurre, sí que entraría en juego el perjuicio moral a la hora de calificar la infracción. A pesar de ello se considera desmesurada la cualificación requerida para el demandado jurisprudencialmente, partiendo de que ya de por si provoca severas consecuencias éticas.

---

<sup>58</sup> Sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 8 de octubre de 2007 (Cour Rennes, 6.a Ch., 8 octubre 2007, núm. 06/06571 D-on line)

De ninguna manera trata de señalar que el perjuicio acarreado por la infidelidad sea superior que el de la violación de otros deberes conyugales, a pesar de que así fuere, se trataría de una cuestión perteneciente al ámbito de la cualificación.

*Sí que se trata de dejar ver que “si la gravedad de la trasgresión de un deber va a ser la causa de aplicar la responsabilidad extracontractual, la infidelidad per se es suficientemente grave como para no necesitar una cualificación extra por la importancia del deber trasgredido y el desvalor de la acción en sí misma. Cabe precisar que lo aquí vertido es una opinión que responde a criterios de gravedad de la trasgresión y que al corresponder a un término jurídico indeterminado deberá ser en todo caso la jurisprudencia la que fije su gravedad y hasta el momento parece no haberlo entendido que la simple infidelidad sea merecedora de indemnización”.*

En la STS de 30 de julio de 1999<sup>59</sup>, se relata el caso de un hombre que como consecuencia de una serie de engaños, había perdido a los que consideraba como sus hijos y con ello se habían desmoronado todos sus proyectos de futuro. Se debatía si podían las anteriores infracciones considerarse susceptibles de indemnización por daño moral, siendo la respuesta del Tribunal que podría encuadrarse en una de las causas de separación matrimonial, pero en ningún caso permitiendo la indemnización.

Dicha sentencia entra en contraste con la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007<sup>60</sup>, que también hace referencia a un episodio del adulterio de la demandada unido a la ocultación de la filiación de un hijo que creía suyo.

Sin embargo, en este caso si sería posible plantearse la pretensión de indemnización por el daño moral ocasionado, al actor al conocer que el último hijo que había tenido con la demandada durante su matrimonio, no era realmente suyo. Cabe matizar estas afirmaciones, pues si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, si lo es la ocultación de un hijo procreado extramatrimonialmente.

---

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999. Relaciónense con la sentencia de 22 de julio de 1999 (RJ 1999\5721) también en torno al incumplimiento del deber de fidelidad añadido a la ocultación de un hijo extramatrimonial y el pago de sus alimentos hasta la fecha.

<sup>60</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de septiembre de 2007.

Al contrario de lo valorado en la STS 1999, en la actualidad el tribunal apoya la aplicación de las normas de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones conyugales. Es decir, existen sanciones aplicables al no cumplimiento de los deberes conyugales, pero estas quedan lejos de los daños propiamente dichos.<sup>61</sup>

Como de costumbre jurisprudencias distintas a la nuestra proponen soluciones judiciales que poco se acercan a lo que afirmábamos *supra* siguiendo las líneas de nuestro sistema. Un claro ejemplo sería la SCAD, de 11 de marzo de 2010 (Cour Duoai 11 marzo 2010 Juris-Data 2010-009321) en la que una mujer es infiel a su marido y como consecuencia es obligada a indemnizarlo con la cantidad de 5.000 euros SCAP, de 2 de febrero de 2010 (Cour París 2 de febrero de 2010 Juris-Data 2010-017469) en la que se produce de manera prolongada una infidelidad y se condena al responsable a la indemnización de 3.000 euros.<sup>62</sup>

#### 4.4.5 Conclusión

De manera similar a lo indicado sobre el turismo y transporte de viajeros, el incumplimiento de deberes conyugales, no es uno de los supuestos más modernos en la actualidad. Se da una potenciación de los derechos subjetivos, de los derechos individuales. La sociedad es consciente de que posee estos derechos, de su uso y disfrute y los valora mucho, reclamándolos cuando se ven lesionados. El contexto social, era de la reclamación ligada al desarrollo socio-cultural, ya que existía menos cultura, menos conciencia. Este gran avance lleva en ocasiones a que se exceda la consideración de estos derechos, demandándose en casos de impensable procedencia

---

<sup>61</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas, 2008, p.43-47

<sup>62</sup> MARÍN MARTÍNEZ, Álvaro, *La responsabilidad civil por daño moral en las relaciones conyugales*, Universidad de la rioja, 2014-2015, p.41-49.

## 4.5. Marcas

### 4.5.1. Propiedad industrial y Prestigio de la marca

Es precioso referirnos a la Ley 32/1988, que ha sido objeto de interpretación jurisprudencial.

Desde un punto de vista jurídico y más concretamente desde el enfoque del derecho de daños, FERRER VICENTE apunta: *“Existe un derecho moral que puede quedar violado y vulnerado; pero su titular goza de un cierto derecho, por tratarse de un «signo» en el que queda reflejada la paternidad de la empresa sobre su creación intelectual y a través de la cual los consumidores atribuyen una imagen, calidad, cualidades, ingenio, organización, etc. La existencia de un mercado económico competitivo actual aludiendo al art. 38 de la Carta Magna dice así: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.»*” Afirma también que los consumidores a través de los elementos distintivos distinguen los productos, así como a sus productores, al margen de la imagen que de la marca se proyecte en el mercado. En esos casos la usurpación es de mayor calibre, por tratarse de grandes marcas o con un nombre con cierta notoriedad lo cual se refleja en el valor de la empresa del titular de la marca siendo este mucho mayor. En esta línea, los daños que afectan a signos de tal renombre no se limitan a los daños patrimoniales, sino que perjudican elementos inmateriales de manera que también se entenderían afectos los daños morales.

La STS de 2 de octubre de 1997 establece: *“Esta Sala tiene declarado... que, sobre los valores materiales lesionados con la violación de la marca, se lesionan también valores inmateriales (prestigio, clientela, calidad normalmente empleada, etc.) y aunque se dé carencia de probancia directa sobre los mismos, ello no puede impedir que se valoren por los tribunales de justicia”*. La valoración de la cuantía indemnizable se determina en base al apartado 3 del art. 38 de la Ley de Marcas, en el que se hace mención a la notoriedad y el prestigio de la marca como factores determinantes a la hora de fijar la indemnización.

Los derechos vulnerados comparten características como la irrenunciabilidad, perpetuidad e inalienabilidad, constituyendo derechos intelectuales. Su vulneración supone una intromisión ilegítima y la violación del derecho moral, da lugar a la posibilidad de su indemnización. Doctrina y jurisprudencia se decantan por la teoría de la consecuencia por perjuicio final. Es así que el quebrantamiento del derecho moral del propietario de una marca, ocasiona un daño que, a pesar de su complejidad, a la hora de probarse continúa siendo «in re ipsa» como reza el artículo 140.2 del TRPI. En lo que se refiere al ámbito de las marcas, puede hacerse una doble clasificación, una de contenido patrimonial y otra personal, conformada por los derechos morales de los autores, por la propiedad o autoría de tales, así como su “talento, arte, inspiración e ingenio” llevados a cabo. Llegados a este punto es indispensable señalar el artículo 20 CE “1. Se reconocen y protegen los derechos: a) Expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) La libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.<sup>63</sup>

#### 4.5.2. *Conclusión*

La propiedad industrial y el prestigio de las marcas responden a la evolución socio-cultural experimentada. Se trata de un supuesto reciente, que se introduce con la

---

<sup>63</sup> FERRER VICENTE, José María. *La cuestión de los daños morales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2007. p,15-46.

revolucionaria llegada de las marcas al mercado y con ellas pronto, los mercados de falsificaciones y plagios. Estas últimas actividades serán consideradas delictuales, dando lugar a sanciones que serán más o menos gravosas dependiendo del tipo de marca que se haya tratado de falsificar o copiar. No obstante, no se limitan a ésta, sino que pueden en ocasiones entrar en juego los daños morales, debiendo estos también ser indemnizados.

#### **4.6. Derecho al olvido digital**

En la sentencia del TJUE de fecha 13.05.2014, (asunto C-131/12, Google Spain)<sup>64</sup> se establece que, con base en la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, el gestor de un motor de búsqueda en Internet es responsable del tratamiento que aplique a los datos de carácter personal que aparecen en las páginas web publicadas por terceros.

El supuesto de hecho es el siguiente, el demandante, de nacionalidad española, presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos una reclamación contra La Vanguardia Ediciones, S.L., (editor de un diario de gran difusión en España, especialmente en Cataluña) y contra Google Spain y Google Inc., alegando que cuando un internauta introducía su nombre en el motor de búsqueda de Google («Google Search») obtenía como resultado unos enlaces a dos páginas del diario La Vanguardia, fechadas en enero y marzo de 1998, en las que se anunciaba una subasta de inmuebles organizada con motivo de un embargo para el cobro de unas cantidades adeudadas por el actor a la Seguridad Social.

En esa reclamación el demandante solicitaba, por un lado, que se exigiese a La Vanguardia que eliminara o modificara esas páginas (para que no apareciesen sus datos personales), o que utilizara las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger esos datos. Por otro lado, solicitaba que se exigiese a Google Spain o a Google Inc. que eliminaran u ocultaran sus datos personales, para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de la Vanguardia.

---

<sup>64</sup> STJUE de 13 de mayo de 2014, (asunto C-131/12, Google Spain)

El demandante afirmaba y acreditaba que el embargo al que se vio sometido en su día estaba totalmente solucionado y resuelto desde hacía años y carecía actualmente de relevancia.

El TJUE considera que el buscador es responsable del tratamiento de datos «personales» de la información publicada, y ello porque el tratamiento de la información que realiza el buscador (extracción, registro, organización, conservación y comunicación) es un tratamiento de datos personales, pero, apartándose claramente de la opinión del Abogado General, señala que este tratamiento lo hace el buscador a título de «responsable» al determinar los fines y los medios de dicho tratamiento, y ello sin perjuicio de que no ejerza ningún control sobre los datos personales publicados en las páginas web de terceros

Además de encendidos y superficiales debates sobre la pretendida muerte de la libertad de expresión y de información en la UE, las primeras consecuencias de la sentencia del TJUE no se han hecho esperar: empezando por los propios buscadores y las autoridades de protección de datos en la UE, las primeras acciones civiles de indemnización de daños y perjuicios, así como su impacto en casos similares planteados en otras jurisdicciones de la UE.

La primera acción civil de indemnización en España se corresponde con una sentencia del TS de fecha 5 abril de 2016<sup>65</sup> dictada en Pleno, y que confirma la de la Audiencia Provincial de Barcelona (n.º 364/2014, de 17 de julio)<sup>66</sup> por la que condena a Google a indemnizar con 8.000 euros a un afectado, por vulneración de su derecho a la protección de datos personales, ante su negativa a retirar de sus resultados un indulto a favor del afectado y que fue publicado en el *BOE* en 1999 (por unos hechos de 1981), tras la solicitud del afectado.

La sentencia del TJUE ha puesto de manifiesto que la protección de datos no es una cuestión meramente programática, teórica ni accesoria en la UE: es un derecho que debe desempeñar un papel protagonista en nuestra sociedad global y digital y su lesión causa un daño a la persona física afectada que debe ser indemnizado.

---

<sup>65</sup> STS de 5 de abril de 2016

<sup>66</sup> SAP de Barcelona de 17 de julio de 2014 (n.º 364/2014)



Este mensaje del TJUE, es fuerte y claro y apuesta por situar en un lugar preferente a la protección de datos personales para ofrecer una solución (aunque imperfecta) al impacto que la evolución de la tecnología (al dinamitar las barreras temporales y espaciales) tiene en los derechos de la personalidad, sobre todo de la gente corriente, lugar preferente que no pretende ser absoluto ni estático, de la misma forma que las libertades de expresión y de información tampoco son absolutas ni su alcance se debe pretender inmutable.

#### *4.6.1. Conclusion*

El supuesto de hecho de la sentencia es tecnológicamente complejo y de apariencia moderna, hace referencia al desarrollo social. Hace años era inimaginable la existencia de buscadores que, a través de la red, pudieran mantener a nuestro alcance todo cuanto nos interese. Esta notoria evolución tiene a simple vista consecuencias muy positivas, pero también negativas, como puede observarse en el caso del olvido digital. La jurisprudencia avanza a medida que lo hace la sociedad, se adapta a sus cambios y los incorpora, siendo capaz de desenvolverse en este tipo de situaciones.

## **5. CONCLUSIÓN**

El presente trabajo estudia evolución de la jurisprudencia del daño moral desde las primeras resoluciones que lo definen y reconocen hasta las últimas sentencias que actualizan su aplicación.

La jurisprudencia tiene una función integradora del ordenamiento jurídico y en este sentido, continúa la obra del legislador adecuando e individualizando el mandato contenido en la norma jurídica, mediante un proceso de subsunción que requiere una actividad específica de los Jueces y Magistrados para explicar que es lo justo.

Si la actividad de los órganos jurisdiccionales se limitara a aplicar literalmente la ley, la función judicial sería prácticamente un automatismo sin sentido, pero ni el Derecho es sólo la ley, ni tampoco la norma legal puede prevenir todas las situaciones y modalidades de conflictos en las relaciones humanas que son dinámicas por naturaleza y en constante desarrollo.

El artículo 3 del Código Civil expresa en su apartado primero que *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*.

En este contexto, la limitación de la ley, que surge de su propia mecánica y de su nacimiento en un momento temporal concreto, obliga a buscar otros instrumentos de adecuación en la solución de conflictos, de ahí que la jurisprudencia en constante evolución ha de ser el medio para alcanzar la realización práctica de la justicia.

Así, el Magistrado no sólo aplica la ley conforme al sistema de fuentes sino que con su labor interpreta el ordenamiento jurídico y explica que es lo justo.

La doctrina más actualizada admite que el daño moral es *“el infligido a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales, tanto en su aspecto interno, referido a la esfera interna del sujeto (dolor, angustia, etc.), como el externo, que se concreta en la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior; señalando que el daño moral sería “la afectación de la esfera sicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad” (DIEZ-PICAZO y MARTIN CASALS), y más concretamente podría, podría considerarse daño moral a todo aquel que recaer en la esfera del art. 18.1 CE “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (NAVARRO MENDIZÁBAL).*

El daño es por lo tanto la consecuencia de una conducta previa, y tradicionalmente se consideraba que las conductas origen del daño eran la trasgresión de deberes ético-sociales emanados de la moral, pero a través de la evolución social y de las costumbres -que ha tenido su reflejo en la jurisprudencia- se ha llegado a la consideración actual de que la conducta dañosa supone la vulneración de un derecho.

En el Derecho de Daños, la labor de los Magistrados ha sido fundamental, pues a partir de unos pocos preceptos legales han desarrollado un cuerpo de doctrina que ha estudiado la viabilidad de reclamaciones muy diversas, desde supuestos de fecundación no deseada tras procedimientos anticonceptivos fallidos hasta la regulación del daño que supone ver

publicados en las redes sociales datos e informaciones no actualizadas y por lo tanto erróneas que pueden ofrecer una visión negativa de nuestra persona al resto de usuarios.

Casos como los expuestos anteriormente, eran inimaginables hace apenas una década y pese a ello han encontrado respuesta judicial satisfactoria.

Como conclusión, en materia de daño moral, la jurisprudencia española ha sabido adaptarse a las exigencias sociales ofreciendo a través de sus resoluciones una respuesta racional, fundada y proporcionada a cada supuesto de lesión planteado, fijando los límites para cada tipo de reclamación y haciendo una valoración del quantum indemnizatorio muy acorde a la realidad del daño causado, promoviendo de este modo una realización práctica de la justicia y seguridad jurídica como fines del Derecho propios de un Estado de Social y Democrático de Derecho desarrollado y moderno como el nuestro.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### Legislación

Ley 30/1991

Ley de 26 de diciembre de 1978

Decreto de 20 de febrero de 1979

Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982

Ley Orgánica de 3 de octubre de 1979

Real Decreto Legislativo 8/2004

Ley 14/2000 de 29 de diciembre de 2011

Ley XXVII, 66440, 14 de marzo de 2006

Directiva 90/314/ CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990

### Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>) de 6 de diciembre de 1882 (J.C, tomo 27, 1882, núm.6387, p.414 y ss.)

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 diciembre 1917.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1975.

Sentencia de la Audiencia Provincial de 5 de febrero de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Noviembre de 2001.

STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242)

STS de 25 de abril de 1994.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 1990 (RJC 1990/4)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 22 de abril de 1991 (La Ley1991-3)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 12 de febrero de 1994 (AC 1994\361),

Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 17 de junio de1994 (AC 1994\999)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 21 de enero 1997 (AC 1997\136)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 18 de mayo de 1998 (AC 1998\5514)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de julio de 1999 (Colex Data 99PC1796)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de enero de 2000 (AC 2000\2904)

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 9.11.1993 (AS 1993\4887);

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 11.7.1997 (AS 1997\2424)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 23.10.1996 (AC 1996\1844)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 14.9.1998 (RGD no 656, mayo 1999, p. 6369)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona 7.3.2000 (AC 2000\902).

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2005

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016 (recurso 3269/2014).

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1995

Sentencia Audiencia Provincial de Baleares núm. 188/2004, de 5 mayo de 2004.

Sentencia Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 436/2005, de 16 septiembre de 2005

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, núm. 225/2006 de 31 de julio

Sentencia Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2003 (JUR 2003/244422).

Sentencia Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5908).

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2001. En relación se encuentra la Sentencia de 18 de noviembre de 2014 (RJ 2014\5953)

Sentencia Audiencia Provincial de Gerona de 18 de marzo de 2004 (AC 2004,709).

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999. Relaciónense con la sentencia de 22 de julio de 1999 (RJ 1999\5721

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de septiembre de 2007.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, (asunto C-131/12, Google Spain)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de julio de 2014 (n.º 364/2014)

### Obras doctrinales

BARZUN, *Del amanecer a la decadencia*, Taurus.

PASCAL, Blas., *Las célebres cartas provinciales sobre la moral y la política de los jesuitas*, Imprenta del colegio de sordo-mudos y ciegos, Edición española, Madrid, 1846, p.116

NAVARRO MENDIZABAL, Iñigo A., *Derecho de daños*, Thomson-Civitas Reuters, 2013.

MAZEAUD-TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, 1957.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La responsabilidad por daño moral*.

DE CUPIS, *Danno Teoria Generale della responsabilità civile*, vol. I-II, Giuffré Editore, Milano, 1966.

DE ANGEL YAGUEZ, R., «Perjuicio morales y de disfrute o placer», en RES, julio/septiembre de 1993, n°. 75.

PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Daño moral por incumplimiento del contrato*, Thomson-Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Civil, 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Cuadernos Civitas.

REGLERO CAMPOS, Fernando L., *Lecciones de responsabilidad civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano, *Aspectos de la responsabilidad civil con especial referencia al daño moral*, Anales de Derecho Universidad de Murcia, n°9, 1986

MARTÍN CASALS, Miquel. FELIU SOLÉ, Josep. *Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*, inDret, 2001, p.4-6

GARCIA VARELA, Ramón “*El incumplimiento contractual y el daño moral*”.

MARÍN MARTÍNEZ, Álvaro, *La responsabilidad civil por daño moral en las relaciones conyugales*, Universidad de la rioja, 2014-2015

FERRER VICENTE, José María. *La cuestión de los daños morales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2007.

### Artículos de prensa

VAZQUEZ, Pilar (19 febrero 2016). Uno de cada 10 alumnos asegura que ha sufrido acoso escolar, *El País*.

