

ANEXO DE JURISPRUDENCIA (ESPAÑOIA)

Las cuatro primeras sentencias de las cinco que siguen, todas ellas seleccionadas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, aunque no tratan sobre la indemnización por el daño moral producido en conflictos familiares, permiten una aproximación al concepto de daño moral, su carácter extrapatrimonial y la evaluación a los fines indemnizatorios.

La última sentencia, muestra de los criterios restrictivos al respecto del Tribunal Supremo Español, trata de un supuesto en el que se denegó la indemnización del daño moral que el demandante basaba en la infidelidad de la esposa.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 139/2001 (Sala de lo Civil), de 22 febrero de 2001

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

La presente sentencia examinó un supuesto de daño moral sufrido a consecuencia de las graves lesiones sufridas por la caída desde una terraza de un hotel al romperse la barandilla. Se analiza el contenido y el alcance de los daños morales.

Los antecedentes de hecho cuyo conocimiento es necesario para el estudio de la Sentencia se relacionan en sus fundamentos de derecho primero y segundo.

Los demandantes y la codemandada «Botafoch, SL» interponen recurso de casación contra la Sentencia dictada el 23-12-1995, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

El TS declara haber lugar al recurso interpuesto por los actores y desestima el interpuesto por la codemandada.

En la Villa de Madrid, a veintidós de febrero de dos mil uno. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de Casación contra la Sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de Juicio Declarativo de mayor Cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Ibiza, sobre reclamación de cantidad;

cuyos recursos fueron interpuestos por la entidad Botafoch, Sociedad Limitada (antes Botafoch, Sociedad Anónima), representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel J. C.; y por don David y doña Helen C., representados por el Procurador de los Tribunales don José T. M.; siendo parte recurrida Catalana Occidente, SA de Seguros y Reaseguros, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Katiuska M. M.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, fueron vistos los autos, juicio declarativo de mayor cuantía, promovidos a instancia de don David y Helen C., contra Botafoch, SA y Catalana Occidente, SA sobre reclamación de cantidad.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia condenando a los demandados a pagar a los demandantes las sumas relacionadas en el suplico del escrito de demanda, con expresa condena en costas.

Admitida a trámite la demanda la representación procesal de ambos demandados contestaron a la demanda, oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que tuvieron por conveniente para terminar suplicando sentencia desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Por las partes se evacuaron la réplica y dúplica, y abierto el juicio a prueba, previa declaración de pertinencia, se llevaron a la práctica las admitidas a los litigantes, con el resultado que obra en autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 1993, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Asunción G. C., en nombre y representación de don David C. y doña Helen C. contra la entidad Botafoch, SA y Catalana Occidente, SA, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones de la actora, imponiendo a esta última las costas causadas en el presente procedimiento».

SEGUNDO.- Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de Apelación por la actora, que fue admitido, y sustanciada la alzada la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta, dictó sentencia con fecha 23 de noviembre de 1995, cuyo fallo es como

sigue: «Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Miguel A. S. en nombre y representación de don David y doña Helen C., contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 1993, que revocamos y quedamos sin efecto. Y en su lugar dictamos otra con los siguientes pronunciamientos:

1.–Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por los actores-apelantes, contra Bofafoch, SA y Catalana Occidente, SA de Seguros y Reaseguros, condenamos a las demandadas en forma solidaria; y para la compañía aseguradora hasta el máximo asegurado a pagar las siguientes cantidades:

A) A don David C.: 310.772 ptas., por gastos médicos. 1.328.000 ptas., por incapacidad temporal. 15.936.186 ptas., por gastos futuros de asistencia de una tercera persona (enfermera o asistente). 930.000 ptas., por gastos médicos, farmacológicos y ortopédicos futuros. 24.586.400 ptas., por incapacidad permanente. 10.000.000 de ptas., para la adaptación de su vivienda.

B) A Helen C.: 7.000.000 de ptas., en concepto de daño moral.

2.–Condenamos solidariamente, en la proporción establecida a los demandados, al abono de interés legal, desde la firmeza de esta resolución.

3.–No hacemos imposición de las costas ni de la primera, ni de la segunda instancia».

TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales, doña Isabel J. C., en nombre y representación de la entidad Bofafoch, Sociedad Limitada (antes «Bofafoch, Sociedad Anónima»), formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos:

«I.–Al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, por infracción por interpretación y aplicación indebida del Art. 1214 del CC y de la jurisprudencia que lo aplica e interpreta (Sentencias del TS 30 mayo 1994 [RJ 1994\3759; RJ 1994\3762 y RJ 1994\3764] y 30 de marzo 1995 [RJ 1995\2790]; Sentencia del TC 3 junio 1991 [RTC 1991\122]; Sentencias del TS 4 enero 1916, 8 abril 1983 [RJ 1983\2107], 9 diciembre 1985 [RJ 1985\6425], 28 abril 1997 [RJ 1997\3408], 1 de marzo 1995 [RJ 1995\3131], 30 marzo 1995).

II.–Al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, por infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC, y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la aplicación de la teoría de la responsabilidad por riesgo (que no puede ser objeto de aplicación en el presente caso).

Invoco como soporte jurisprudencial de este motivo las siguientes sentencias: 8 junio 1992 (RJ1992\5169), 8 mayo 1986 (RJ 1986\2669), 11 mayo 1983 (RJ 1983\2683), 16 febrero 1988 (RJ 1988\1994), 18 abril 1990 (RJ 1990\2726), 5 julio 1991 (RJ 1991\5568), 26 enero 1990 (RJ 1990\69), 20 enero 1992 (RJ 1992\192), 9 julio 1994 (RJ 1994\6302), 14 julio 1995 (RJ 1995\6008), 13 noviembre 1995 (RJ 1995\8225), 14 noviembre 1994 (RJ 1994\9321), 6 mayo 1994 (RJ 1994\3888), 12 julio 1994 (RJ 1994\6390), 5 diciembre 1994 (RJ 1994\9406), 12 noviembre 1993 (RJ 1993\8760) y las demás que se citarán.

III.-Al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 de la LECiv, por infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC, y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la exigencia para su aplicabilidad de un “reproche culpabilístico” al eventual responsable y de un “nexo causal” entre la acción y el resultado dañoso (requisitos que no pueden ser suplidos por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba). Invoco como soporte jurisprudencial de este Motivo las siguientes sentencias del TS: 10 de febrero de 1988 (RJ 1988\935), 27 octubre de 1990 (RJ 1990\8053), 25 febrero 1992 (RJ 1992\1554), 24 enero 1995 (RJ 1995\165), 9 julio 1994, 20 junio 1994 (RJ 1994\6026), 14 febrero 1994 (RJ 1994\1468), 5 diciembre 1994, 3 mayo 1995 (RJ 1995\3890), 29 mayo 1995 (RJ 1995\4136), 19 junio 1995 (RJ 1995\4927), 27 septiembre 1995 (RJ 1995\6672) y las demás que se citarán en este escrito.

IV.-Al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv por infracción por aplicación indebida del artículo 1902 del CC y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la exigencia para su aplicabilidad de la existencia de un daño (“resultado dañoso”). Invoco, al efecto, las siguientes sentencias del TS: 22 mayo 1995 (RJ 1995\4089), 17 octubre 1991, 15 octubre 1912, 2 febrero 1960 (RJ 1960\456), 6 octubre 1961 (RJ 1961\3592) y 11 marzo 1967.

V.-Al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, por infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la fijación del importe de la indemnización del daño».

Asimismo, el Procurador de los Tribunales don José T. M., en nombre y representación de don David y doña Helen C., formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos:

«I.-Por infracción de la Jurisprudencia establecida por este Alto Tribunal, respecto del daño moral o “pecunia doloris”, susceptible de ser indemnizado por sí mismo, haciendo ineludible su concreción y cuantificación, considerando como norma infringida, además de la

doctrina reiteradamente favorable de la Sala de lo Civil, la del Art. 2 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984 (y ApNDL 2943), en cuanto declara como derecho básico de los consumidores y usuarios la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.

II.-Por infracción de la Jurisprudencia sobre aplicación analógica de las normas jurídicas, en relación al artículo 921 LECiv, considerando como norma infringida, además de este artículo, el Art. 4.1 del CC cuando la sentencia condena solidariamente a las entidades demandadas al abono del interés legal, desde la firmeza de la resolución, y no desde la fecha de la misma».

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, la Procuradora de los Tribunales, doña Katuska M. M., en nombre y representación de Catalana Occidente de Seguros y Reaseguros, impugnó el recurso formalizado por don David y doña Helen C. Asimismo, los Procuradores doña Isabel J. C. y don José T. M., en nombre y representación de la entidad Botafoch, SL y de don David y doña Helen C. respectivamente, impugnaron el recurso formulado de contrario.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de Vista Pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de febrero de 2001, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, de 10 de diciembre de 1993, desestima la demanda interpuesta por los actores contra los demandados, en la que se reclamaba la indemnización por los daños y perjuicios derivados de las lesiones sufridas por el actor don David C., al caer desde el balcón de la habitación núm. ..., del Hotel Caribe (Santa Eulalia) donde en esos momentos residía, decisión que fue objeto de apelación por los actores siendo parcialmente estimada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta, en 23 de noviembre de 1995, condenando en forma solidaria a los demandados a abonar a los actores las cantidades que se indican y que han quedado transcritas; frente a cuya decisión se alzan los presentes recursos de Casación, interpuestos por la codemandada Botafoch, SL y, los actores señores C.

SEGUNDO.- Son «facta» determinantes para la decisión que se emite, los que constan en el F. 4º de la Sentencia de la Audiencia:

A) «... 1º) Que el día 17 de julio de 1988, el matrimonio compuesto por el señor C. y esposa, llegaron a las 17.00 horas al Hotel Caribe de el Cana, en Santa Eulalia (Ibiza) con el proyecto de disfrutar unos días de vacaciones, que habían contratado con la Agencia Redwing Holidays Limited t/a Flair Holidays, de Manchester; 2º) Se les asignó la habitación ..., situada en el piso quinto, que disponía de una terraza exterior con barandilla de una altura de 80 cm. y barra de madera, con anclaje metálico y de obra; 3º) Aproximadamente sobre las 1.00 horas del día 18 de julio, el marido salió a la terraza a fumar un cigarrillo. Y cayó desde la terraza al pavimento, ocasionándose muy graves lesiones; 4º) Resultó rota la barandilla y anclajes; 5º) fue ingresado a continuación en el Hospital de C'an Missies, que dispuso su traslado urgente al Hospital de la Seguridad Social "Son Dureta" de Palma, donde le fue diagnosticado el traumatismo padecido: Paraplejía por fractura del cuerpo de la vértebra lumbar segunda, fractura del hueso metacarpiano primero y calcáneo, insuficiencia respiratoria, y no funcionamiento de la vejiga. Donde, fue asistido e intervenido quirúrgicamente, hasta que el 26 de julio de 1988 es trasladado al Promenade Hospital de Southport. Donde fue tratado de sus lesiones y padecimientos, así como se le impartió un programa de rehabilitación; 6º) Fue dado de alta el 11 de diciembre de 1988, a los 166 días del accidente, restándole paraplejía bajo el nivel L-2, con incapacidad permanente, precisa de silla de ruedas para poderse mover, paralizado de cintura para abajo (permanecerá incapacitado seguramente para el resto de su vida); 7º) La sociedad Botafoch, SA, es propietaria del Hotel Caribe "Es Caná". Asegurado en la Cia. Catalana Occidente, SA de Seguros y Reaseguros, por la póliza número ... de responsabilidad civil extracontractual, de fecha 3 de mayo de 1991. Cuyas garantías fueron aumentadas en fecha 2 de noviembre de 1977, cuyas coberturas quedaron de la siguiente forma: máxima por siniestro: dos millones de pesetas; máximo por víctima: dos millones de pesetas, y máximo por daños materiales: dos millones de pesetas»;

B) La Sala «a quo», expresa que los citados hechos provienen «de los distintos medios probatorios, o admisión contraria», y añade lo siguiente, según su F. 5º: «De los hechos que se han expuesto y de la doctrina jurisprudencial, que impone la carga de la prueba; a la sociedad demandada, de justificar el perfecto estado, cuidado y mantenimiento de las barandillas de madera, cuyo cometido indudablemente le correspondía. Y cuya prueba no ha verificado satisfactoriamente...»; y en el F. 7º, razona: «... el actor, un varón, de 27 años, casado, sin hijos, dedicado a la construcción, con unos ingresos semanales de 32.628 ptas., en el año 1988. Vivía en una vivienda

unifamiliar, que actualmente resulta insuficiente para sus necesidades, porque disponía de dos plantas y se precisa grandes reformas y cuantiosas para su acomodación y que pueda ser utilizada en su nueva situación. De la joven esposa, se desconocen más datos, a salvo la carencia de descendencia, y su dedicación al marido».

C) En el F. 8º, se señalan las siguientes indemnizaciones: «a) 310.772 ptas., por gastos médicos; b) 1.328.000 ptas., por los 166 días de baja y asistencia médica; c) 16.866.186 ptas., por gastos médicos, reposición silla y contratación de tercera persona que le ayude; d) 24.586.400 ptas., por incapacidad permanente; e) 10.000.000 de ptas., para la adaptación de la vivienda; f) 7.000.000 de ptas., por los sufrimientos morales inferidos a la esposa. En total la cuantía de 60.091.358 ptas. Desestimándose las restantes peticiones por no suficientemente probadas, excesivas o estar ya contempladas en otras expresamente acogidas. Lo cual implica un acogimiento parcial del recurso con revocación de la sentencia de instancia».

TERCERO.- En el recurso de la codemandada propietaria del Hotel, Botafoch, SL, se articulan los siguientes Motivos:

En el motivo primero, se denuncia al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, por infracción por interpretación y aplicación indebida del Art. 1214 del CC y de la jurisprudencia que lo aplica e interpreta (Sentencias del TS 30 mayo 1994 [RJ 1994\3759; RJ 1994\3762 y RJ 1994\3764] y 30 de marzo 1995 [RJ 1995\2790]; Sentencia del TC 3 junio 1991 [RTC 1991\122]; Sentencias del TS 4 enero 1916, 8 abril 1983 [RJ 1983\2107], 9 diciembre 1985 [RJ 1985\6425], 28 abril 1997 [RJ 1997\3408], 1 de marzo 1995 [RJ 1995\3131], 30 marzo 1995), alegando que, sólo excepcionalmente, el Art. 1214 CC, puede servir de soporte al recurso de casación, por cuanto no contiene norma valorativa de la prueba y tiene carácter genérico, sí puede dicho Art. 1214 –continúa el Motivo– servir de fundamento a un recurso cuando, ante la ausencia de prueba de algún hecho determinante de la sentencia, se invierte el «onus probandi». haciendo constar que la S. 30 de marzo de 1995, aclara cuando se invierte la carga que al actor corresponde probar los hechos constitutivos de su derecho y al demandado la de los extintivos; y que, dentro de esta excepción que posibilita la fundamentación del recurso en el citado Art. 1214 CC, ha de incluirse evidentemente el supuesto de que el Tribunal «a quo», desatendiendo las «reglas de la sana crítica» (Arts. 1243 del CC y 632 de la LECiv; 659 LECiv y 1248 del CC; y 1225 del CC, «a sensu contrario») o las reglas de la lógica y de la racionalidad, haya dado por probado un hecho decisivo determinante de la sentencia que en absoluto ha sido probado por quien lo alegó (y, con ello, haya desplazado

hacia la otra parte la carga de demostrar la no realidad del mismo) y que, en los presentes autos, pese a que su eje cardinal gira en torno a la existencia de una secuela tan grave como la expresada, «no se ha practicado prueba pericial médica alguna, ni obra en los autos dictamen médico alguno emitido ante el Juzgado»; aduciendo que, la motivación fáctica y jurídica de las sentencias constituye un mandato constitucional de inexcusable observancia (Art. 120.3 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]), y es evidente que no existe motivación fáctica si no se ponen en relación los medios de prueba con los hechos probados (que determinan el fallo) y no se explica en la sentencia cómo desde aquéllos se llega a éstos, bien con base en el convencimiento del Juzgador, bien con relación a las reglas legales; preguntándose, ¿cuál es la «prueba» en que el Tribunal «a quo» ha amparado su juicio de valor y le ha llevado a estimar como hecho probado la existencia del daño –esa paraplejía permanente, que precisa de silla de ruedas...–? (es un escrito o documento, redactado en inglés, de 6 hojas, acompañado con la demanda, obrante a los folios 31 a 39 de los autos); A continuación el Motivo se dedica a censurar el contenido de ese documento con acopio de una serie de sentencias y del recurso a la expresión «de los distintos medios probatorios resulta...» y, se termina afirmando «... sólo podrá atribuirse a tal documento valor probatorio en unión con otras pruebas practicadas en el proceso». Lo que, en el caso concreto que nos ocupa, equivale a decir y concluir que al no poderse unir o conjuntar con ninguna otra prueba practicada en el proceso carece del carácter de prueba, y no puede servir para formar la convicción del Juzgador. Hay que concluir, por todo lo razonado, que en el caso que nos ocupa se ha violado el Tribunal «a quo» el Art. 1214 CC, por cuanto, faltando la prueba de la parte actora, se han hecho recaer arbitrariamente las consecuencias de tal falta sobre la parte no obligada a demostrar; y que, por ello, no está probado el hecho («el resultado dañoso») que se alega como base de la exigencia de responsabilidad; El Motivo, pese a su exceso expresional y con una carga retórica no acorde con la prudencia generalizada en los escritos forenses, no se acoge, porque, por un lado, la Sala «a quo» omite el porqué llega a la convicción de que se ha acreditado el accidente causante de las lesiones que aquejan al actor, tanto por ese conjunto de pruebas –sin que sea preciso desmenuzarlas como se postula en el Motivo– y, sobre todo, cuando además y, es bien significativo, aplica correctamente el artículo denunciado 1214 CC, ya que era a la propia recurrente a la que le incumbía demostrar el hecho extintivo o neutralizante de la acción ejercitada, y que, en el caso de autos, supondría demostrar su diligencia en el estado de conservación de la barandilla sobre la que se cayó el actor, elemento, pues, de reprobabilidad y que, como se verá, desmonta el resto de los Motivos; esa apreciación culpabilística queda reflejada en el transcrito F. 5º, sin que sean atendibles los demás alegatos del Motivo cuya acogida equivaldría a subsumir a este Alto Tribunal en un «facere» de la instancia, por completo, improcedente.

CUARTO.- En el motivo segundo, se denuncia al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, la infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC, y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la aplicación de la teoría de la responsabilidad por riesgo (que no puede ser objeto de aplicación en el presente caso). Invoco como soporte jurisprudencial de este motivo las siguientes sentencias: 8 junio 1992 (RJ 1992\5169), 8 mayo 1986 (RJ 1986\2669), 11 mayo 1983 (RJ 1983\2683), 16 febrero 1988 (RJ 1988\1994), 18 abril 1990 (RJ 1990\2726), 5 julio 1991 (RJ 1991\5568), 26 enero 1990 (RJ 1990\69), 20 enero 1992 (RJ 1992\192), 9 julio 1994 (RJ 1994\6302), 14 julio 1995 (RJ 1995\6008), 13 noviembre 1995 (RJ 1995\8255), 14 noviembre 1994 (RJ 1994\9321), 6 mayo 1994 (RJ 1994\3888), 12 julio 1994 (RJ 1994\6390), 5 diciembre 1994 (RJ 1994\9406), 12 noviembre 1993 (RJ 1993\8760) y las demás que se citarán; alegando que, la Sala «a quo» en su F. 3º, cimenta el fallo en la aplicación de la teoría de la responsabilidad por riesgo, de la socialización de la culpa o en base al factor benéfico (según se lee literalmente en dicho fundamento); que, entiende y sostiene, en contra del criterio de la Audiencia de Palma de Mallorca, que tal teoría de la responsabilidad por riesgo, no es aplicable a un supuesto de hecho como el que nos ocupa... y que, en efecto, una pacífica y consolidada doctrina del TS, reduce la aplicación de la responsabilidad por riesgo a aquellas actividades realmente creadoras de riesgo; remitiendo todas las restantes actividades y supuestos a la aplicación del principio culpabilístico tradicionalmente presente en la aplicación del Art. 1902 (principio, por lo demás, que nunca ha dejado de concurrir incluso en los supuestos de responsabilidad por riesgo); Seguidamente el Motivo en una vastísima exposición argumenta sobre la improcedencia de esta responsabilidad por riesgo aplicada, según el mismo, por la recurrida, que tampoco prospera, porque, la referencia que se hace a esta responsabilidad en ese F. 3º de la Sala «a quo», no es cabalmente cierta, ya que este Tribunal la alude como una especie más a tener en cuenta en un alegato ilustrativo sobre el siempre prolífico expediente de la responsabilidad (omnimodo Instituto que alberga la savia operativa de todo el Derecho positivo y que absorbe el más completo acervo de la jurisprudencia civil) pues, centra su decisión en su posterior argumentación sobre la inversión de la carga de la prueba al decir en su F. 3º: «... Diversos criterios y pautas han seguido los Juzgados y Tribunales, siguiendo las orientaciones de la doctrina del TS, con base a unos u otros fundamentos, y aplicando unas u otras técnicas procesales –inversión de la carga de la prueba, o en conjunción con la prueba de presunciones– (Arts.. 1249 y ss. del CC). Por vía legal puede citarse en apoyo en favor de la tesis de la inversión de la carga de la prueba, una vez acreditado el daño (Art. 1214 CC), los Arts.. 26 y 27 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943), que recogen un sistema de mayor garantía para los usuarios –este caso de servicios–,

que ejerciten las acciones civiles derivadas, -p. ej. del Art. 1902 CC-. Mediante la inversión de la carga de la prueba, sobre las personas físicas o jurídicas que verifican la prestación de los mismos, de que ha cumplido en todo momento con los requisitos reglamentarios que sean exigibles o inherentes al servicio o actividad de que se trate»; y así, en coherencia con ello se explica el transcrito F. 5º que «a sensu contrario» demuestra cómo la conducta del recurrente no está desprovista del reproche culpabilístico afín de la aquiliana del 1902, porque no cumplió con sus elementales deberes de asegurar o conservar el perfecto estado o cuidar o mantener en debida forma la barandilla de madera por donde se cayó el demandante, circunstancias, pues, que apartan la asepsia de culpabilidad o razón de ser de la responsabilidad por riesgo por conductas neutras.

En el motivo tercero, se denuncia al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 de la LECiv, la infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC, y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la exigencia para su aplicabilidad de un «reproche culpabilístico» al eventual responsable y de un «nexo causal» entre la acción y el resultado dañoso (requisitos que no pueden ser suplidos por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba). Invoco como soporte jurisprudencial de este motivo las siguientes sentencias del TS: 10 de febrero de 1988 (RJ 1988\935), 27 octubre de 1990 (RJ 1990\8053), 25 febrero 1992 (RJ 1992\1554), 24 enero 1995 (RJ 1995\165), 9 julio 1994, 20 junio 1994 (RJ 1994\6026), 14 febrero 1994 (RJ 1994\1468), 5 diciembre 1994, 3 mayo 1995 (RJ 1995\3890), 29 mayo 1995 (RJ 1995\4136), 19 junio 1995 (RJ 1995\4927), 27 septiembre 1995 (RJ 1995\6672) y las demás que se citarán en este escrito; aduciendo que los hechos estimados como probados por la Sala «a quo» no se desprende en modo alguno semejante reproche culpabilístico a persona alguna. Y así, puede constatarse reparando en la literalidad del F. 4º de dicha sentencia (que recoge los hechos estimados como probados) en el que, al aludir a la caída del señor C., expresa simplemente (con extremado laconismo) que el señor C. «... 3º... salió a la terraza... y cayó desde la terraza al pavimento»; «4º Resultó rota la barandilla y anclajes»; por otro lado, continúa el Motivo, por lo que respecta al requisito del nexo causal, hay que destacar, que de la aludida versión de los hechos estimados probados (F. 3º) no resulta ni se deduce nexo causal alguno entre el daño producido y la actuación de la entidad demandada, al no expresarse, ni siquiera apuntarse, el «cómo» y el «porqué» se produjo el accidente.

En el motivo cuarto, se denuncia al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, la infracción por aplicación indebida del artículo 1902 del CC y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la exigencia para su aplicabilidad de la existencia de un daño («resultado dañoso»).

Invoco, al efecto, las siguientes sentencias del TS: 22 mayo 1995 (RJ 1995\4089), 17 octubre 1991, 15 octubre 1912, 2 febrero 1960 (RJ 1960\456), 6 octubre 1961 (RJ 1961\3592) y 11 marzo 1967.

En el motivo quinto, se denuncia al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, la infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la fijación del importe de la indemnización del daño; y se agrega que, es sabido que el importe del «quantum» de las posibles indemnizaciones es materia a decidir por el Tribunal «a quo», sin que ello pueda ser constitutivo de recurso de casación; que, cosa distinta es la fijación de las bases sobre las que se concreta indemnización y especialmente la proyección de dichas bases en orden a la cuantificación económica de la indemnización concreta de que se trate, y que, en el presente caso, la sentencia del Tribunal «a quo» concede una indemnización a la actora doña Helen C., sin que en los autos aparezca la menor base para sobre ella poder cimentar la procedencia de tal indemnización, al no haberse acreditado que el señor C., esté casado, ni que doña Helen sea su esposa. No se ha aportado Libro de Familia ni Certificación de Matrimonio ni prueba alguna que pueda demostrar la realidad del perjuicio que se dice sufrido por la actora doña Helen (todo ello en el supuesto de que el presunto daño alegado por el señor C. tuviera existencia real); En citados Motivos se discrepa de la aplicación del Art. 1902 del CC, tanto porque según los citados 3º y 4º inexisten la culpa y el nexo causal precisos, como porque no se ha demostrado el daño sufrido por el actor, como porque según el 5º, la cuantía de la indemnización tampoco está acreditada. Todos los motivos se rechazan, el Tercero, porque, como se ha razonado al contestar el Motivo Primero, no se ha aplicado la responsabilidad por riesgo, sino la subjetiva o aquiliana con el juego de la inversión de la carga de la prueba, por lo que, no justificado por el recurrente su diligencia en el estado de la barandilla a los fines de que cumpliera con su funcionalismo de natural material, anclaje delimitador y evitatorio de caídas, es obvio, pues, la esencia de culpabilidad del recurrente, estando, en consecuencia, tanto el daño como su ajustada cuantía indemnizatoria perfectamente recogidas en los transcritos FF. (sin que tampoco la técnica casacional pueda variar lo así constatado) por lo que se desestima el recurso con los demás efectos derivados.

QUINTO.- En el recurso de actor se articulan los siguientes Motivos:

En el primer motivo se denuncia la infracción de la Jurisprudencia establecida por este Alto Tribunal, respecto del daño moral o «pecunia doloris», susceptible de ser indemnizado por sí mismo, haciendo ineludible su concreción y cuantificación, considerando

como norma infringida, además de la doctrina reiteradamente favorable de la Sala de lo Civil, la del Art. 2 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984, en cuanto declara como derecho básico de los consumidores y usuarios la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos; alegando que, si han de resarcirse íntegramente los daños y perjuicios causados es preciso acudir a los criterios que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido, criterios que permiten acercar la lamentable situación de la persona que sufre un perjuicio a la situación anterior al siniestro, aunque en el convencimiento y la conciencia de que esa íntegra restitución nunca será posible. Así, nuestro más alto Tribunal atiende, para la fijación de los distintos conceptos indemnizatorios, a tres momentos; una fase «preexistente», sobre la situación médica y socioeconómica del paciente antes del accidente; una fase «post-accidente», antes de la consolidación de las secuelas, en la que deberán ser incluidos los gastos médicos, los gastos hospitalarios, la incapacidad temporal, los gastos de transporte y el daño moral, entendido, según Sentencia del TS, de fecha 4 de julio de 1985 (RJ 1985\3953), como el sufrimiento o padecimiento de la víctima, experimentado durante el curso de la curación, tales como dolores sufridos en el momento mismo del accidente, el transporte hasta el hospital, las primeras curas, los dolores de la intervención quirúrgica, anestesia de la intervención, dolores tras la anestesia, dolores de cuidado hospitalario y preocupaciones por el futuro familiar y profesional; y una tercera fase, llamada de «post-consolidación», que incluye los gastos médicos futuros, los gastos de asistencia de una tercera persona durante la vida del enfermo, los gastos de reposición de prótesis, la fijación de una indemnización por la incapacidad permanente, que variará en función de la edad, sexo, profesión y consecuencia de la lesión, o sea, por las circunstancias personales, y por último, de nuevo, el daño moral, entendido como la privación para el resto de la vida del disfrute pleno de las propias energías y del desarrollo de la personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y una situación parcial de desvalimiento con el dolor moral inherente que acompañará al sujeto durante su existencia que debe hallar una traducción económica en el fallo de la Sentencia; STS de fecha 7 de mayo de 1987 (RJ 1987\3022). Como quiera que la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, tiene en consideración esta doctrina y la aplica a doña Helen C. por los sufrimientos morales, no hace lo mismo respecto del daño moral soportado por don David C., ya sea el inmediato al hecho trágico ocurrido, como el derivado de la conciencia de irreversibilidad de su menoscabo fisiológico, sin que puedan entenderse incluidos en ninguna de las vertientes del concepto patrimonial de daño. En efecto –continúa el Motivo– el daño puede desglosarse en Personal o corporal, esto es, la lesión o menoscabo de la salud de un sujeto; material, en su vertiente

emergente y de lucro cesante; y moral, como precio del sufrimiento no físico. La Sentencia que es objeto de recurso cuantifica con más o menos fortuna el daño personal, según la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991 (RCL 1991\643), y la Resolución de 17 de enero de 1995 (RJ 1995\184) de la Dirección General de Seguros; y lo mismo cabe decir respecto de los daños materiales; pero, deja sin subsanar, aunque siempre sea en la medida de lo posible, los daños morales padecidos por la víctima principal de la actividad empresarial de la entidad condenada, don David C. daños que son inherentes a su situación objetiva.

En efecto, en la sentencia recurrida sólo se señalan o se acogen los daños morales de la esposa del actor y se cifran en 7.000.000 de pesetas, mientras que no se reconoce ninguna cantidad por este concepto al demandante y que también postula en su demanda. La respuesta merece el siguiente análisis sobre el llamado daño moral:

SEXTO.- En torno al 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 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; en un intento de aproximación, y al amparo de una jurisprudencia que ha tratado progresivamente en acotar esas líneas integradoras: «... lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales; y esta Sala (Sentencia TS de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995\4089]) no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivizar “nominatim” el Tribunal “a quo” para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no sólo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia...».

Y puede en esa línea entenderse como daño moral, en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su «quantum económico», sin que sea preciso ejemplarizar

el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico.

Finalmente, no puede ser objeto, dentro de la categoría de los perjuicios, el llamado daño emergente, o la privación al damnificado de posibilidades o ventajas que hubiera podido obtener en el caso de que no se hubiese producido el ilícito del que es autor el responsable.

En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar –siguiendo esa jurisprudencia–, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales. En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero, sin lugar a dudas, de general acaecimiento y comprensión dentro del medio social, los siguientes:

1º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (o hasta haber sido víctima de un ataque a su prestigio y reputación artística como en el caso enjuiciado por la Sentencia 21 de octubre de 1996 [RJ 1996\7235]); si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral.

Se podría intentar una línea de aproximación de supuestos fácticos, pero puede ser suficiente, que así como es comprensible la existencia de ese dolor físico en quien ha padecido cualquier tipo de mutilación o lesión corporal en su organismo, el dolor psíquico puede ser también relevante por ejemplo esa lesión corporal afectó cualquier elemento facial del cuerpo del dañado que, a su vez, produzca cualquier deformidad en sus aspectos estéticos más sobresalientes; déficit pues que le depare a la víctima dolor o desazón al verse privado en el futuro de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba (SS. 22 mayo [RJ 1995\4089] y 3 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8353]).

2º) Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos

o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales; ahora bien, se puntualiza que en la integración de este daño moral, lo que se trata de incorporar a este concepto no son las privaciones materiales o alimenticias que, a consecuencia de dichas lesiones o muerte, pueden padecer las personas o supervivientes que estuviesen bajo la tutela, custodia o el estipendio económico del lesionado o fallecido, porque obvio es, que tales contingencias se ubicarán dentro del campo de los daños corporales en general, o materiales en su modalidad de perjuicios; y es que lo que se pretende sustantivizar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ante ese hecho ilícito, se ven privadas de la vida de esos seres tan allegados y con lazos tan intensos.

Cierto es que tanto en un aspecto como en otro, el problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que habrá de ser –en lo posible– objeto de la debida probanza, demostración o acreditamiento por parte del perjudicado, aclarándose, ante la posible equivocidad derivada del anterior estudio, que si bien dentro del campo en que se subsume este daño moral, inicialmente, en la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito, que ha de acreditar su conducta exonerativa o que el ilícito no se ha producido por una conducta responsable, no debe olvidarse que en tema de daños y como criterio general rige que la carga de la prueba en concreto, en cuanto a su ocurrencia y cuantificación, incumbe siempre a la persona que pretende su resarcimiento, esto es, que tanto en una responsabilidad como en otra, la existencia del daño y su cuantía habrán de demostrarse de forma indiscutible o indubitada por la persona que reclama la correspondiente responsabilidad y resarcimiento; por tanto, dentro del daño moral será justamente la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos estos conceptos que han integrado el instituto: ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad; y sin ubicar estas sensaciones dotadas de un intimismo indiscutible, de la suficiente cobertura jurídica para, incluso, con apoyo en una especie de estadística sociológica, poder

cimentar su integración tangible en la responsabilidad de este vaporoso y discutible daño. Se decía al punto, entre otras, en Sentencia 21 de octubre de 1996 (RJ 1996\7235): «... Si bien es cierto que el precepto civil 1106 CC, establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible –los llamados daños morales–, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala (desde la antigua S. 19-12-1949 [RJ 1949\1463] y posteriores de 22-4-1983 [RJ 1983\2118], 25-6-1984 [RJ 1986\1145], 3-6-1991 [RJ 1991\4407], 27-7-1994 [RJ 1994\6787] y 3-11-1995, entre otras), que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes...».

SEPTIMO.- Ahora bien, de ese diseño doctrinal sobre el daño moral y su relevancia jurídica a los fines del adecuado resarcimiento del daño, la Sala ha de distinguir dos situaciones perfectamente claras, cuando la reclamación por ese concepto se efectúa por el propio lesionado o víctima del ilícito/accidente causante de su «mal» y determinante de la responsabilidad declarada:

1) En los casos generales en los que el accidente o lesión corporal ocasiona a su víctima los quebrantos propios de su proceso de curación, tras cuya superación el lesionado queda indemne o sin tara alguna, que, es lo que suele suceder en la mayoría de los casos, entonces el resarcimiento de los daños y perjuicios declarado ha de absorber o embeber a aquel daño moral, que, por ello, será irrelevante a los fines de su autonomía indemnizatoria, ya que, en otro caso, se llegaría al abuso o desvío desnaturalizador de la institución de que toda lesión producida, por la que el lesionado que la padece –por ello llamado también paciente– la está sufriendo, debía ser objeto, también siempre de una compensación económica por tal daño moral. Esto se descarta por completo.

2) Empero en cuanto a casos como el ahora enjuiciado, en los que, por lo transcrito, las lesiones causadas al recurrente han sido de tal gravedad que le han postrado en una silla de ruedas, con una incapacidad vitalicia, y con necesidad de que le auxilie persona en la ayuda indispensable en su vida doméstica, es claro, que ese haz patológico padecido, por su gravedad y persistencia deparan al recurrente un permanente estado anímico de frustración y sufrimiento tan intensos (en otro perfil de distinta ontología cabe encuadrar en esa tipología las lesiones que, tras su restauración, dejan secuela o cicatrices perceptibles en la imagen de la persona afectada, asimismo, integradora de ese daño moral con el consiguiente efecto resarcible paliativo de ese deterioro incluso estético), que no tienen, por menos, que ser

enjuiciados por la Ley y los Tribunales que la aplican (al contrario que la Sala «a quo» al silenciar este concepto que desde la demanda se reclama por importe de 30.000.000 de pesetas), para paliar, en lo posible, semejante déficit con el reconocimiento de una compensación económica, y que, en el caso de autos, se entiende ajustada la misma fijada en citada demanda, lo que conduce a la acogida del Motivo con los demás efectos legales derivados.

En el motivo segundo se denuncia la infracción de la Jurisprudencia sobre aplicación analógica de las normas jurídicas, en relación al artículo 921 LECiv, considerando como norma infringida, además de este artículo, el Art. 4.1 del CC cuando la sentencia condena solidariamente a las entidades demandadas al abono del interés legal, desde la firmeza de la resolución, y no desde la fecha de la misma; se acoge el Motivo, pues, en efecto, los intereses postulados han de devengarse desde que se reconocen en la sentencia de la Sala «a quo» que fija su derecho y su cuantía y que prevalece salvo revocación a resultas de este recurso de casación, que no es el caso de autos. Ahora bien, ese «dies a quo», como se razona, exclusivamente, se referirá a la indemnización acordada por la Sala «a quo», porque la nueva que según el F. anterior se otorga por el daño moral a favor del actor, devengará intereses sólo a partir de esta Sentencia.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don David y doña Helen C., frente a la Sentencia pronunciada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en 23 de noviembre de 1995; que se modifica en el sentido de agregar como indemnización por daño moral a favor del actor don David C., además de las reconocidas en esa sentencia, la suma de 30.000.000 de pesetas, y que el devengo de los intereses reconocidos en la recurrida lo serán a partir de la misma, mientras que los que se derivan del daño moral a favor del actor, a partir de esta sentencia. Sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias ni en este recurso, debiendo cada parte satisfacer las por ellos causadas y las comunes por mitad.

Debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Botafoch, Sociedad Limitada (antes «Botafoch, Sociedad Anónima»), frente a la mencionada sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en 23 de noviembre de

1995; Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso. Y a su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los Autos y Rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la colección legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–Alfonso Villagómez Rodil.–Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.–José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.–Rubricado.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 964/2000 (Sala de lo Civil), de 19 octubre de 2000

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil

La problemática atinente a los daños morales se trata en esta sentencia desde la perspectiva de su indemnización y su previa valoración, de la que se dice que no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los tribunales de justicia e imposibilita para fijar su cuantificación. Y se insiste en que para ello ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso.

Se trata también la finalidad de la indemnización, mediante la que se dice que no se trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que pretende contribuir a sobrellevar el dolor: ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece.

Don Jesús H. B. formuló demanda, en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, contra el Servicio Valenciano de Salud.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia dictó Sentencia el 3-6-1994, estimando parcialmente la demanda.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial dictó Sentencia el 26-6-1995, revocando parcialmente la del Juzgado.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

En la Villa de Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados identificados al margen el Recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia –Sección séptima–, en fecha 26 de junio de 1995, como consecuencia de los autos de juicio de menor cuantía, sobre reclamación de gastos de embalsamamiento y daños morales (cadáver depositado por el Hospital con omisión de actividades de aviso a los familiares), tramitados en el Juzgado de Primera Instancia de Valencia número tres, cuyo recurso fue interpuesto por el Servicio Valenciano de Salud, representado por el Letrado de la Generalitat Valenciana, en el que es recurrido don Jesús H. B., al que representó la Procuradora doña Marta L. B.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Valencia tres tramitó el juicio declarativo de menor cuantía número 446/1993, que promovió la demanda de don Jesús H. B., en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, vino a suplicar al Juzgado «Dictar sentencia en su día, por la que se condene al mencionado organismo: A) a que abone a mi representado la cantidad de noventa y cinco mil pesetas (95.000 ptas.) por el embalsamamiento del cadáver de don Antonio H. N. que se tuvo que realizar con carácter previo al traslado e inhumación del mismo; B) a indemnizar a mi representado en la cantidad de diez millones de pesetas (10.000.000 de ptas.) por los daños y perjuicios morales infringidos en la persona del difunto don Antonio H. N.; y todo ello con expresa imposición de costas».

SEGUNDO.- La parte demandada, Servicio Valenciano de la Salud, se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de las razones de hecho y de derecho que alegó, para terminar suplicando «Se dicte sentencia desestimando la demanda en todas sus partes, dictando sentencia favorable a esta Administración todo ello con la expresa imposición de costas al demandante».

TERCERO.- Unidas las pruebas practicadas que fueron declaradas admitidas, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número tres de Valencia dictó sentencia el 3 de junio de 1994, la que contiene el siguiente Fallo literal: «Que estimando en parte la demanda formulada por Jesús H. B. contra el Servicio Valenciano de Salud, debo condenar y condeno a esta última a que pague a aquélla suma de noventa y cinco mil pesetas (95.000 ptas.) por el embalsamamiento del cadáver de don Antonio H. N., desestimándola en cuanto al resto, así como los intereses legales de dicha suma desde la presentación de la demanda hasta el completo pago y sin hacer expresa condena en cuanto a las costas».

CUARTO.- La entidad demandada referida planteó recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado para ante la Audiencia Provincial de Valencia, habiendo su Sección séptima tramitado el rollo de alzada número 673/1994, y pronunciado sentencia con fecha 26 de junio de 1995, la que en su parte dispositiva decreta, Fallamos: «Que, estimando el recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada por el señor Juez de Primera Instancia número tres de Valencia, en autos de menor cuantía núm. 466/1993, debemos revocarla y la revocamos en cuanto no concede indemnización por daños morales y así, estimando en parte la demanda, debemos condenar y condenamos al Servicio Valenciano de la Salud a indemnizar a Jesús H. B. en la suma de noventa y cinco mil pesetas e intereses legales de tal suma desde la presentación de la demanda, por gastos de embalsamamiento de cadáver y otras quinientas mil pesetas por daños morales, sin devengo de intereses; declaramos no haber lugar a imponer expresamente las costas de ninguna de las instancias».

QUINTO.- El Letrado de la Generalitat Valenciana, en la representación que ostenta, formalizó recurso de casación ante esta Sala contra la sentencia del grado de apelación, en base a un solo motivo, aportado por el número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que vino a denunciar aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil.

SEXTO.- La parte recurrida presentó escrito por el que impugnó el recurso.

SEPTIMO.- La votación y fallo del presente recurso de casación tuvo lugar el pasado día diez de octubre del año dos mil.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único motivo del recurso de casación que formalizó la Generalitat Valenciana, como gestionadora del Servicio Valenciano de Salud, aduce aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil, en relación al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico del Estado (RCL 1957\1058, 1178 y NDL 25852), 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954\1848 y NDL 12531) y 106.2 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875).

Los hechos probados acreditan que el padre del actor del pleito, don Antonio H. N. ingresó en el Hospital General de Valencia

el 12 de noviembre de 1991, de donde fue evacuado al Hospital Arnaldo de Vilanova por sufrir hemorragia digestiva en estado de coma, siendo diagnosticado de padecer cirrosis hepática, que le ocasionó su fallecimiento el 13 de noviembre de 1991. El cadáver pasó a ser colocado en la sala mortuoria, en cuyo lugar dice la sentencia «fue notada su presencia ocho días después por una trabajadora social del Hospital», lo que motivó que se recurriera a la Policía a fin de localizar a su familia y fue por consecuencia de las gestiones policiales cuando los parientes pudieron personarse en el Hospital, e identificar al cadáver y a los que se les impuso y exigió el pago de los gastos de embalsamamiento que ascendieron a 95.000 pesetas, al ser medida necesaria para proceder a la inhumación y poder salir el cadáver de la cámara frigorífica.

La negligencia de los servicios hospitalarios, dependientes del Servicio Valenciano de la Salud, se impone y resulta correctamente decretada por el Tribunal de Instancia, pues concurrió un notorio y lamentable «olvido» del cadáver del paciente que había sido atendido por el cuerpo médico, al limitarse a depositarlo en la cámara, despreocupándose por completo del mismo, lo que acredita descontrol sanitario-burocrático y también censurable desatención y despojo de elementales sentimientos de respeto y atención hacia una persona fallecida, pues sólo cuando se recibió el aviso de alerta de una empleada, es cuando se acuerda recurrir a la policía, lo que muy bien pudo llevarse a cabo tanto en los momentos anteriores al desenlace mortal, como al ocurrir al mismo, poniéndose así de manifiesto un alto «plus» de actuación negligente, en el tiempo inmediatamente posterior a haber ocurrido el óbito, y con independencia de que no exista afectiva reglamentación de llevar a cabo avisos, pues se trata de una ética fundamental, inherente a la solidaridad humana, más exigible en las relaciones clínico-paciente.

La impugnación que desarrolla el recurso está dirigido a combatir la indemnización que la sentencia otorga por daño moral, para lo que se parte del supuesto de que el demandante se había desentendido por completo de su padre y de su estado de salud, hasta el punto de que acudió solo al centro médico, y por ello la falta de disponibilidad del cadáver por el período de ocho días no se la puede considerar como causa determinante para justificar una indemnización por daños reclamados, en este caso muy modesta, ya que se fijó en quinientas mil pesetas. La sentencia en recurso no integra en el «factum» que se diera plena falta de vínculos afectivos entre el demandante y el fallecido y lo único que al respecto sienta es que la relación afectiva con su familia era algo relajada.

Los argumentos del recurso carecen de intensidad impugnatoria

casacional suficiente para decretar que no se ha generado en el caso de autos daños morales, que se presenten consecuentes del actuar negligente de los servicios y personal del ente demandado, ya que no se puede dejar de lado la relación paterno-familiar, que aunque en ciertas ocasiones llegue a crear distanciamiento, en los momentos transcendentales normalmente surge con toda la fuerza de la vinculación sentimental que lleva consigo.

En el supuesto que nos ocupa resultaría aventurado y hasta ofensivo para la familia sentar que la muerte del padre no les ocasionó dolor alguno, pues cuando se trunca una vida siempre deja algún rastro de sufrimiento, pena y aflicción, y también desazón y atrición en sus más allegados, sobre todo si se da la circunstancia de no haber tenido al menos la posibilidad de asistir al paciente en los últimos momentos de su vivir y con efectos de pesar y desasosiego por habérseles privado de llevar a cabo su velatorio y enterramiento inmediato, como es lo normal, debido todo esto al retraso provocado por el actuar poco ejemplar del Servicio Valenciano de Salud, lo que es bastante para instaurar desequilibrio y desarmonía humana intensa, que, al presentarse como daño espiritual, autoriza a considerar que se produjo al actor efectivo daño moral.

La jurisprudencia consolidada y ya antigua de esta Sala viene considerando la indemnización por daños morales, reconociendo que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los Tribunales de Justicia e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación (SS. de 27-7-1994 [RJ 1994\6787], 3-11-1995 [RJ 1995\8353], 21-10-1996 [RJ 1996\7253], que parten de la de 6-12-1912), a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, que es lo que ha verificado con mesura el Tribunal de Instancia.

La indemnización por daños morales no trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que lo que pretende es contribuir a sobrellevar el dolor, y ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece y, en este caso ser el hijo del fallecido, por ello suficientemente legitimado para solicitar la reclamación.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- Al no prosperar el recurso procede imponer sus costas al litigante que lo planteó, por el mandato del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación que fue formalizado por el Servicio Valenciano de Salud de la Generalitat Valenciana contra la sentencia que pronunció la Audiencia Provincial de Valencia –Sección séptima–, en fecha veintiséis de junio de 1995, en el proceso al que el recurso se refiere.

Se imponen a dicho recurrente las costas de esta casación.

Y expídase la correspondiente certificación de esta resolución para su remisión a la expresada Audiencia, con devolución de autos y rollo, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–Alfonso Villagómez Rodil.–Luis Martínez-Calcerrada Gómez.–José de Asís Garrote.–Firmado y rubricado.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1031/2002 (Sala de lo Civil), de 31 octubre de 2002

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Se acota en la siguiente sentencia el ámbito del daño moral, que se configura como aquel que afecta a derechos inmateriales de la persona. Por lo tanto, no puede comprender el perjuicio patrimonial, no comprende aspectos del daño material. Por ello, si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto, no debe éste pretender que alcance también a la esfera espiritual.

«Hervideros, SA» formuló demanda, en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, contra «Yuco Construcciones, SA».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arrecife dictó Sentencia, el 19-01-1995, desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia, el 05-12-1996, estimando la demanda.

El TS declara haber lugar al recurso de casación.

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arrecife, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador don Isacio C. G., en nombre y representación de «Yuco Construcciones, SA», defendido por el Letrado Edmundo A. R.; siendo parte recurrida el Procurador don José M. R., en nombre y representación de «Hervideros, SA».

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.-El Procurador don Marcial Luis L. T., en nombre y representación de «Hervideros, SA», interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra «Yuco Construcciones, SA», y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia condenando al aquí demandado a que finalice las obras de impermeabilización aún pendientes y presupuestadas en setecientas cincuenta y nueve mil pesetas (759.000 ptas.), a indemnizar los daños y perjuicios materiales de cinco millones setecientas diecinueve mil trescientas setenta y dos pesetas (5.719.372), más otra indemnización por el lucro cesante y por los daños morales padecidos por mis mandantes en cuantía que se estima en cinco millones cuatrocientas ochenta mil pesetas (5.480.000) más las costas e intereses legales, con todo lo demás que sea procedente en derecho.

2.-El Procurador don José R. S., en nombre y representación de «Yuco Construcciones, SA», contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia desestimando la demanda, absolviendo de ella a mi comitente, con expresa imposición de las costas a la actora, por imperativo legal.

3.-Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arrecife, dictó sentencia con fecha 19 de enero de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: Fallo: «Desestimando la demanda presentada por el Procurador don Marcial Luis L. T., en nombre y

representación de “Hervideros, SA”, contra “Yuco Construcciones, SA”, debo absolver y absuelvo a éste con expresa condena en costas a la actora».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de «Hervideros, SA», la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue:

Fallamos: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Arrecife, en autos de menor cuantía núm. 159/1993, revocamos dicha resolución, y en su lugar y con estimación de la demanda, condenamos a la demandada “Yuco Construcciones, SA”, a que indemnice a la actora-apelante, en la cantidad total reclamada por la misma ascendente a 5.719.372 pesetas, por reparaciones efectuadas por la misma y la de 5.480.000 pesetas, en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora; condenándose también a la demandada a que realice a su costa las obras de impermeabilización aún pendientes de realizar y presupuestadas en 759.000 pesetas. Sin hacer expresa condena en cuanto a las costas de esta alzada y con imposición de las causadas en primera instancia a la parte demandada».

TERCERO.- 1.-El Procurador don Isacio C. G., en nombre y representación de «Yuco Construcciones, SA», interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos del recurso:

«I.-Al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635; ApNDL 8375) y 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881\1), por infracción de los artículos 24.1 de la Constitución y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que los interpreta.

II.-Al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución (RCL 1978\2836; ApNDL 2875) y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que los interpreta.

III.-Al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1591 del Código Civil (LEG 1889\27) y la jurisprudencia que lo interpreta».

2.-Admitido el recurso, habiéndose opuesto el Ministerio

Fiscal a la admisión del motivo 2º, y evacuado el traslado conferido, el Procurador don José M. R., en nombre y representación de «Hervideros, SA», presentó escrito de impugnación al mismo.

3.-No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de octubre del 2002, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea, una vez más, la responsabilidad decenal que contempla el artículo 1591 del Código Civil (LEG 1889\27) que a tanta jurisprudencia ha dado lugar y que se halla actualmente regulada en la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999\2799), no aplicable al presente caso, acaecido mucho antes de su entrada en vigor. Aquella norma del Código Civil prevé un plazo (de caducidad) de garantía en la edificación (en sentido amplio) en virtud del cual, si en éste, de diez años, se produce la ruina (en sentido amplísimo) se impone una responsabilidad objetiva en los sujetos como, en el presente caso, el contratista, cuando se ha causado por vicios de la construcción.

Tal como han dicho las sentencias de 4 de marzo de 1998 (RJ 1998\1039) y 15 de marzo de 2001 (RJ 2001\3195): el artículo 1591 del Código Civil establece una responsabilidad basada en el contrato de obra, que se fundamenta en su incumplimiento y presume la culpabilidad; responsabilidad que se produce en caso de ruina, en sentido amplio aclarado jurisprudencialmente y respecto a la construcción de edificios, en relación con las distintas personas que intervienen en la misma. Tal como ha dicho la sentencia de esta Sala de 30 de enero de 1997 (RJ 1997\845), el artículo 1591 del Código Civil impone un plazo de garantía de la corrección de la obra, en el cual se prevé una responsabilidad de naturaleza contractual, en caso de ruina del edificio.

SEGUNDO.- En el presente caso, la demanda interpuesta por la empresa de actividades turísticas sita en Canarias, «Hervideros, SA», parte recurrida en casación, alegó la producción de ruina funcional: filtraciones y humedades causadas por mala impermeabilización de la edificación consistente en apartamentos turísticos y reclamó que se realizaran tales obras de impermeabilización, que se le indemnizara por los daños y perjuicios materiales y se le indemnizara también por lucro cesante y daños morales.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Sección 2ª,

de Las Palmas de Gran Canaria, de 5 de diciembre de 1996, revocando la dictada en primera instancia, declaró probada la ruina, en el concepto amplio reiterado por la jurisprudencia, como «desperfectos que vengan a hacer inútil la cosa para la finalidad que le es propia», en este caso, humedades en apartamentos que componen un complejo residencial; asimismo, declaró probado que tales desperfectos, integrantes de ruina funcional, son «consecuencia de una incorrecta impermeabilización». Y estimó la demanda.

Frente a esta sentencia, la constructora demandada y condenada «Yuco construcciones, SA», ha interpuesto el presente recurso de casación, en tres motivos. Los dos primeros –el segundo subsidiario del primero– se fundan en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se refieren a la indemnización fijada por daño moral. El tercero, fundado en el núm. 4º del mismo artículo 1692, es relativo al fondo del asunto y alega infracción del artículo 1591 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo aplica.

TERCERO.- Se examinan conjuntamente los motivos primero y segundo formulados ambos al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 24.1 de la Constitución Española y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el primero) y del mismo artículo 24 y del artículo 120.3 de la Constitución Española (RCL 1978\2836; ApNDL 2875) y 372.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el segundo). Se refieren al tema de los daños morales en el siguiente sentido.

En la demanda, hecho décimo, se expresa que el lucro cesante asciende a 1.980.000 pesetas y que el daño moral se estima en 3.500.000 pesetas; en el suplico se pide por ambos conceptos, indemnización por el lucro cesante y por los daños morales, la suma de las dos anteriores cifras, 5.480.000 pesetas. En la sentencia recurrida se expresa, en el fundamento tercero, última parte, que el lucro cesante alcanza una cifra superior; en el fallo se condena a la sociedad demandada y ahora recurrente en casación, al abono «de 5.480.000 pesetas en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora».

La congruencia, tal como resume la sentencia de 2 julio de 2002 (RJ 2002\5899), es doctrina general que se resuelve en una comparación entre dos extremos: uno, las pretensiones de las partes, tanto de la pretensión propiamente dicha del actor, como de la oposición del demandado, y otro, la resolución del Juzgador; el segundo término lo constituye la parte dispositiva de la resolución judicial, de modo que no deriva de los argumentos o razonamientos jurídicos utilizados por el Tribunal para formular el fallo, aunque ello ha sido

matizado jurisprudencialmente con las precisiones de que la incongruencia se dará con el fallo junto a los fundamentos predeterminantes (STS de 3 de julio de 1979 [RJ 1979\2928]), la factibilidad de incongruencia de una sentencia que da por causas de pedir diferentes de las planteadas o por argumentos tan ajenos a la cuestión que pueden producir indefensión (STS de 4 de abril de 1991 [RJ 1991\2637]) o si se rebasa el principio «iura novit curia» cuando se estima la demanda por razones jurídicas diversas de las alegadas y se produce indefensión.

De aquí se desprende que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia «ultra petita». La parte, en la demanda, ha pedido una cantidad por lucro cesante y la sentencia, en el fundamento de derecho, se la da por una cifra muy superior, que es el total pedido por la parte como lucro cesante y daño moral y en el fallo condena al abono de dicha cifra por «lucro cesante y daño moral». Así, no sólo concede, como explica claramente, una cantidad superior a la pedida como lucro cesante, incurriendo en incongruencia (motivo primero de casación), sino que el fallo incluye, sin explicación ni motivación alguna, el daño moral (motivo segundo). Ambos motivos se estiman.

CUARTO.- El motivo tercero del recurso de casación se refiere al fondo sustantivo del asunto y, al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega infracción del artículo 1591 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

Es preciso partir de dos premisas: la parte recurrente acierta cuando en el desarrollo de este motivo comienza por aceptar la declaración de la sentencia de la Audiencia Provincial de haberse acreditado la producción de la ruina, en el sentido amplio de ruina funcional; y yerra cuando hace constante referencia a la sentencia dictada en primera instancia, que ha sido totalmente revocada y, por tanto, eliminada del mundo jurídico, por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que es el único objeto de este recurso de casación.

Dicha sentencia declara probados los desperfectos que constituyen la ruina funcional y declara probada la causa de los mismos: «...consecuencia de una incorrecta impermeabilización», lo cual es obra exclusiva de la sociedad demandada, contratista.

En el desarrollo del motivo se destaca y se insiste en que la sociedad demandante, como dueña de la obra, contrató con otra persona la obra de carpintería y quiere mantener que ésta fue causa o concausa de la ruina funcional. No es así, conforme a los hechos que declara probados la sentencia de instancia; en ésta, ni se acepta la posible intervención de la empresa de carpintería en la producción de

humedades, ni se plantea siquiera el tema de la solidaridad; por el contrario, se atribuye al nexo causal a la sociedad demandada.

Por tanto el motivo se desestima, porque, en realidad, lo único que pretende es hacer supuesto de la cuestión, lo que no cabe en casación, tal como expresa una reiteradísima jurisprudencia: sentencias de 16 de marzo de 2000 (RJ 2000\2105), 17 de mayo de 2000 (RJ 2000\3413), 15 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10445), 31 de enero de 2001 (RJ 2001\537), 3 de mayo de 2001 (RJ 2001\6895RJ 2002\4051) y 9 de mayo de 2002 (); tal como dice esta última, recogiendo la doctrina e incluso las palabras de las anteriores: con ello la parte recurrente ha incurrido en el vicio procesal denominado judicialmente supuesto de la cuestión, ya que parte de la base en la fundamentación de su único motivo de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto del recurso, sin obtener previamente su modificación o integración por parte de esta Sala; y esto último no ha ocurrido por estimarse que la acción hermenéutica efectuada en la sentencia recurrida es lógica y racional, no pecando de conclusiones absurdas que supongan un verdadero disparate.

QUINTO.- Estimándose los motivos comprendidos en el primer inciso del núm. 3º del artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala resuelve lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate, es decir, asume la instancia.

Se ha expuesto que el fondo del asunto, respecto a la responsabilidad derivada del artículo 1591 del Código Civil por ruina funcional, es correcta la resolución de la sentencia recurrida.

No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual.

Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982\1197; ApNDL 3639), es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del «pretium doloris». Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial.

Por tanto, se desestima el pedimento relativo al daño moral.

Y, en cuanto a las costas, al no estimarse íntegramente la demanda, no procede condena en primera instancia (artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ni en segunda, ni en este recurso de casación (artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador don Isacio C. G., en nombre y representación de «Yuco Construcciones, SA», contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 5 de diciembre de 1996, que casamos y anulamos en el único sentido de eliminar la condena «de 5.480.000 ptas. (cinco millones cuatrocientas ochenta mil pesetas) en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora» y sustituir por la condena a 1980.000 ptas. (un millón novecientos ochenta mil pesetas) como lucro cesante, absolviéndose en cuanto al alegado daño moral.

En cuanto a las costas, no se hace pronunciamiento en las mismas, en la primera instancia, ni en la apelación, ni en este recurso de casación, en que cada parte satisfará las suyas.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

José Almagro Nosete.–Antonio Gullón Ballesteros.–Xavier O'Callaghan Muñoz. Rubricados.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 474/1995 (Sala de lo Civil), de 22 mayo de 1995

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

La siguiente sentencia aborda el concepto y alcance del daño moral en supuestos de deficiente asistencia sanitaria.

Los hechos necesarios para el estudio de la sentencia se relacionan en su fundamento de derecho primero.

El TS desestima el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Baracaldo, número 3 de 15 febrero 1991, se estima en parte la demanda interpuesta por el actor -hoy sus continuadores procesales y herederos-, don José Miguel O. P., contra el Hospital de Cruces de Baracaldo y el Servicio Vasco de Salud Osakidetza, a consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria a que se contrae su demanda, y en consecuencia, condena a dichos demandados a pagar de forma solidaria la suma de seis millones quinientas mil pesetas (6.500.000 ptas.), en concepto de perjuicios económicos y morales causados al mismo por esa deficiente asistencia (se razona así en su F. 5.º «Consecuencia de la insatisfacción del actor con el trato recibido en Cruces es su comprensible iniciativa de consultar en otro centro médico; donde fue diagnosticado correctamente y viene siendo tratado. Y si todas estas gestiones le han causado gastos y perjuicios, no hay duda que ello es consecuencia del incompleto y erróneo tratamiento recibido en el Hospital de Cruces, pues en otro caso no se habrían producido. Debe pues ser indemnizado por los demandados de los gastos médicos que ha tenido que abonar a la Clínica Universitaria de Navarra (aunque estimamos no es incluíble en estos gastos la factura que obra como documento 13 pues es anterior a la conducta negligente de Cruces y no es consecuencia de ésta), así como por los demás gastos de desplazamiento, estancias de familiares y otros afines no cuantificables. Respecto del daño moral por el que también se reclama, se trata de un tema controvertido, pues es difícil cuantificar el perjuicio psicológico del enfermo que pudiendo ser diagnosticado de una dolencia muy grave el día 9 de julio, se le deja padecer su evolución y falta de tratamiento durante quince días; no conocemos en qué grado pudo agravarse la enfermedad en esos días en que pudiendo ser tratada no se hace así por falta de diagnóstico, pero estimamos razonable compensar ese período de incertidumbre y padecimientos, así como las posibles consecuencias del retraso en el tratamiento, estableciendo una indemnización de 6.500.000 ptas., en la que se incluyen los gastos de atención médica y desplazamientos. En el señalamiento de esta cantidad se ha tenido también en cuenta evitar en lo posible cualquier

enriquecimiento injusto del perjudicado, así como el factor de que una vez diagnosticado y tratado el paciente en primeras e inaplazables intervenciones, el seguimiento de su enfermedad podría realizarse por la Sanidad Pública a la que se halla acogido evitando gastos innecesarios»; decisión recurrida en apelación por el Servicio Vasco de Salud, cuyo recurso se resolvió por Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 25 noviembre 1991, estimándolo en parte y condenando solidariamente a los demandados al pago de la suma de un millón setecientos cincuenta mil pesetas (1.750.000 ptas.), tanto por daños económicos como por daños morales, según se especifica en su F. 2.º; siendo su línea decisoria, la que a continuación se resume: En el F. 1.º, se hace constar, que en cuanto a la petición de la parte apelante de que se revoque la sentencia de instancia y se le absuelva de la demanda, ha de tenerse en cuenta, que aunque la prueba practicada en la instancia el juzgador la realiza de forma acertada, no obstante, debe darse un tratamiento distinto a su fundamentación, partiendo de la relación jurídica de la que se surge la responsabilidad del centro hospitalario y el Servicio Vasco de Salud, habida cuenta que el demandante pertenece al régimen general de la Seguridad Social, y teniendo que acudir a un centro hospitalario integrado en dicho Servicio de Salud; entidad que en virtud de las transferencias autonómicas sustituye al INSALUD en Euskadi; pues por todo ello esa relación es de carácter contractual (se afirma que el paciente por su condición de afiliado a la Seguridad Social, abona una cantidad mensualmente para recibir entre otras asistencia sanitaria de sus centros), y de lo que han de extraerse las consecuencias derivadas de las obligaciones que ligan al médico y al paciente, en esa relación contractual, habida cuenta el juego de la denominada «lex artis»; en el F. 2.º, es donde se especifican los «facta» acreditativos de la negligencia en la asistencia sanitaria que la Sala así aprecia, y que, literalmente son las siguientes: «...que los médicos que asistieron al demandante en el Servicio de Urgencias de Cruces, el día 17 de julio de 1989, no obraron con toda la diligencia que les era exigible, según su "lex artis", y ello porque a la vista de la evolución anterior del paciente, que 8 días antes, concretamente el día 9 de julio había sido asistido en el mismo Servicio con iguales síntomas, síntomas que es obvio, según se deduce del examen de la documentación aportada, de la prueba testifical y de la pericial, no remitieron con el tratamiento, en lugar de someterle a nuevas pruebas, ingresarle o remitirle, inmediatamente, a su especialista, se limitaron a ordenar que continuara con el mismo tratamiento (doc. número 5 de la demanda, averado en periodo probatorio); lo que según el dictamen pericial (folios 214 y ss.) y los testigos Doctor G. P. (preguntas números 10, 14 y 15; f. 211) y el Doctor E. (preguntas números 1, 5 y 6; f. 212) implicó una actuación negligente, cuando lo aconsejable era el ingreso y el sometimiento a pruebas, como las que más tarde y ante el deterioro de su salud, le fueron practicadas, a raíz de su ingreso en

la Clínica Universitaria de Navarra el día 24 de julio, donde se le diagnosticó un adenocarcinoma, que por la evolución lenta de este tipo de cánceres existía ya al momento en el que fue asistido en Cruces (p. pericial y testifical preguntas números 3, 9 y 17)...», que esta Sala estima que la actuación de ese Servicio de Urgencias del Hospital de Cruces, del 17 de julio de 1989, fue negligente habida cuenta lo dispuesto en el artículo 1104 CC, y las obligaciones de toda clase derivadas de la «lex artis» que incumben al médico; ahora bien se agrega habida cuenta lo dispuesto en el artículo 1101 CC, no debe olvidarse sobre todo la circunstancia de que «el paciente ya padecía el cáncer antes de ser asistido en Cruces» la primera vez, y que ante su estado de salud, el escaso margen de tiempo existente entre la citada fecha de 17 de julio de 1989 (donde aparece la actuación negligente), y la asistencia en la Clínica Universitaria de Navarra, de 24 de julio de 1989, detectándose el problema cancerígeno y operado el 3 de agosto, es mínimo para que pudiese influir en la agravación de esa dolencia; que ello no implica que no se le hayan causado al enfermo daños y perjuicios, materiales y morales que se especifican en los siguientes términos: «...los primeros todos los gastos médicos que se le ocasionaron tras el 17 de julio de 1989 (doc. números 14 a 21 de la demanda) por importe de un millón ciento quince mil doce pesetas (1.115.012 ptas.), gastos cuyo reembolso debe dársele ya que se motivaron por la inatención del sistema hospitalario establecido, y ante el acuciante estado de deterioro físico en el que se encontraba el paciente que no obtenía solución a su problema, derecho que implícitamente le reconoce Osakidetza en el acto de la vista del recurso, cuando para su reembolso le remite al procedimiento del artículo 102 LSS (RCL 1974\1482 y NDL 27361), sin que por razones obvias, deba indemnizarse la factura que por importe de ochenta y cuatro mil doscientas noventa y dos pesetas (84.292 ptas.) (doc. número 13 de la demanda) corresponde a la asistencia de enero de 1989, ya que el fallo del sistema asistencial se dio a partir de julio. A esta cantidad y hasta formar la indemnización global de 1.750.000 pesetas, que estima esta Sala deben recibir los herederos del demandante, fallecido durante la tramitación de esta segunda instancia, lo que implica una estimación parcial del recurso al moderarse la indemnización concedida inicialmente de 6.500.000 ptas., el exceso de aquélla debe entenderse como indemnización del perjuicio moral, ciertamente incalculable, pero que entendemos que con ello se trata de indemnizar la zozobra que en el paciente causó la inatención y el progresivo deterioro de su salud, lo que le llevó a requerir otros servicios médicos, zozobra que de alguna manera, también se hubiera dado, si hubiera sido ingresado en Cruces, mientras se le realizaban las pruebas hasta que se le detectase el cáncer, pero que ante la inatención le obliga a tomar la decisión de acudir a otro Centro Hospitalario, atendándose además que su moderación a lo expuesto en cuanto a su incidencia a lo largo de este fundamento. Determinada

la indemnización, de la misma deberán responder los demandados ya que a ellos les está encomendado la gestión del Centro Hospitalario y la aportación de medios materiales y humanos suficientes y entre ellos la dotación adecuada del Servicio de Urgencias, respondiendo de la negligencia de aquellos que a su cargo trabajan, ya que ello supone un cumplimiento defectuoso del contrato de asistencia médica que el Centro y Osakidetza tienen con el paciente (artículos 1258 y 1101 CC)», de los cuales se declara la responsabilidad solidaria de los codemandados; decisión que es objeto del presente recurso de casación, interpuesto por los actores, con base a los motivos que se examinan por la Sala.

SEGUNDO.- En el primer motivo se denuncia, al amparo del antiguo artículo 1692.4.º LECiv, el error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; se refieren a ello los siguientes documentos, 4.º, 5.º, 6.º, 11 y 12 de la demanda; el documento número 3 del escrito de proposición de prueba -f. 128-, el informe pericial (folios 215 a 221) y acta de emisión de tal informe (folio 214); que, se escribe, sin perjuicio de haberse suprimido la exigencia del tan debatido documento auténtico, «es evidente, que de toda esa prueba documental se viene a ratificar que el tratamiento recibido en el Hospital de Cruces fue incompleto y erróneo»; que a igual o similar conclusión llega el Tribunal de Apelación, al configurar la conducta de los médicos del Servicio de Urgencias del Hospital de Cruces con una actuación negligente, según se recoge en el 2.º razonamiento jurídico de la resolución que ahora se recurre; ahora bien, si bien es cierto que la sentencia de apelación cuantifica el perjuicio moral e incardina el mismo dentro de «la zozobra que al paciente causó la inatención y el progresivo deterioro de su salud, aunque considera que dicha zozobra también se hubiera dado si la atención del hospital demandado hubiera sido adecuada» llegado a este punto, disintimos con el debido respeto, de la Sala sentenciadora, por cuanto que entendemos no sólo se produce un daño moral «a posteriori» oséase tras la inatención, sino el mismo, se produce «a posteriori», por la propia intervención del hospital; comentando el motivo de nuevo lo expuesto por la Sala sentenciadora en el F. 2.º, respecto al perjuicio moral; que «como colofón se concluye, los documentos a los que "a limine" hicimos referencia, vienen a redundar en el reiterado daño moral en la dualidad antes expresada, esto es, por la zozobra antes y después del centro asistencial». El motivo no es de recibo, pues además de apoyarse en una serie de instrumentos probatorios que ya fueron objeto de consideración por la Sala, y sin que se haya apreciado la existencia de ningún desvío en cuanto a ese juicio (entre otras, se hacía constar en Sentencia de 12 febrero 1991 [RJ 1991\1199], «no tienen el carácter de documentos para servir de base al objeto de evidenciar error en la apreciación de la prueba, los

que han sido tenidos en cuenta y valorados por la Sala sentenciadora de instancia y la vía del número 4 del artículo 692 LECiv no es la adecuada para establecer interpretaciones y apreciaciones jurídicas»), se agrega, que si el objetivo del recurso es, aquel que con base en la indiscutible existencia de la negligencia en la asistencia profesional aspira a demostrar que por esta negligencia se produjo una zozobra o sufrimiento al paciente no solamente tras la intervención del hospital, sino también por la misma intervención del centro por su inatención, y de ello derivar en que tal sufrimiento -determinante del daño moral-, en esa doble conformación, ha de propiciar una cuantificación de esos daños, también, en cierto modo, duplicada, se responde que tales alegatos no pasan de constituir meros juicios parciales, que, en caso alguno, pueden modificar la apreciación de la prueba por la Sala «a quo», en la que hay que situar el exacto designio del motivo, ya que, admitiendo la existencia de susodicha negligencia asistencial -que la propia Sala reconoce sin duda en el F. 2.^o-, es evidente que todo el razonamiento que se hace para tratar de elevar la cuantía del daño moral, no puede ser objeto de revisión fáctica en los términos que está planteado el motivo, por lo que el mismo ha de rehusarse. En el segundo motivo, se denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 1902 y 1903 CC -al amparo del anterior artículo 1692.5.º LECiv-, por inaplicación de los mismos y doctrina jurisprudencial que cita, incurriendo en error de derecho; ya que partiendo de la dualidad de las posibles responsabilidades, una de tipo contractual (artículos 1101 y ss.), y otra de tipo extracontractual (artículos 1902 y ss.), se discrepa de la decisión de la Sala, al afirmar que, en el caso de autos, estamos en presencia de una responsabilidad de carácter contractual, habida cuenta la relación que liga al paciente con el hospital, sobre todo, a través del cauce público estatal de la existencia de la Seguridad Social; que ello no es acertado, pues partiendo de la doctrina que se cita, la ley atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto -caso que motiva la responsabilidad contractual-, y al de responsabilidad (al ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa, la primera está incardinada en los artículos 1101 y ss. y la segunda en los artículos 1902 y ss. CC); y, continúa el motivo, sobre el carácter exacto de la relación contractual o no, según acontezca una concreta petición de servicios del paciente al médico y se aduce en pos de la tesis de la responsabilidad extracontractual que se defiende, una exégesis de las resoluciones que se indican, de los que cabe inferir que el beneficiario de las diversas prestaciones de la Seguridad Social, pueda sufrir daños por culpa, negligencia o imprudencia de quien la atiende, lo que genera una responsabilidad civil extracontractual tendente a la reparación del daño causado, que podrá ser tanto de índole material como moral, citándose una serie de decisiones y aduciendo lo dispuesto en el artículo 43 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), lo que también puede servir de base para su pretensión respecto a la cobertura del daño

moral frente al INSALUD ex artículos 1903 CC. Tampoco el motivo es de recibo, ya que, con independencia de los aspectos doctrinales que se vierten sobre la dualidad de responsabilidad contractual y extracontractual, por supuesto con su diferente régimen jurídico ordenador y consecuencias, en punto a los efectos de reparación económica, tanto se trate de los daños económicos, como de los daños morales, no parece discutible que, por lo que se refiere al hecho controvertido, el seguimiento que la Sala hace del cauce de la responsabilidad contractual como efectúa en su sentencia recurrida, en vez de la posible responsabilidad extracontractual que postula el motivo, pudiera derivar en evaluar las consecuencias dañosas sufridas por el paciente con diferente intensidad cuantitativa, según se trate de una responsabilidad u otras, ya que, al socaire de que ha existido una negligencia sanitaria asistencial (la cual no cabe discutir, al ser cuestión pacífica no cuestionada en el F. 2.º de la sentencia recurrida, derivada de la forma en que se le prestó la asistencia médico-sanitaria), es claro que esa negligencia vulneradora del deber de diligencia médica (se decía, entre otras, en Sentencia de 16 febrero 1995 [RJ 1995\844] «...la actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone. Por tanto son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos, como sucede en el supuesto de autos...»), igual puede provenir de una responsabilidad contractual del artículo 1101, como de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, y producir el efecto común del deber indiscutible de reparar las consecuencias dañosas producidas; en ese caso, por parte de la Sala, se razona en cuanto a los daños económicos, que habrán de tenerse en cuenta los gastos inferidos al paciente, en los términos que especifica ese F. 2.º, por la suma realmente devengada por dicha asistencia subsidiaria a que dio lugar la negligente asistencia, esto es, por la suma de 1.115.012 ptas., descartando las otras partidas que se indican; y en cuanto a la verificación que compulsa acerca de los daños morales el Tribunal «a quo» asimismo exhibe las razones que motivan su sentencia para entender que deben cuantificarse en la suma expuesta hasta alcanzar el total de un millón setecientos cincuenta mil pesetas (1.750.000 ptas.), objeto de la condena; y es que, se repite, tanto daños morales como daños patrimoniales pueden provenir lo mismo de la culpa contractual como de la culpa extracontractual, sin que dentro de la dogmática jurídica, la posible apreciación de una y otra culpa, fuente de cada responsabilidad (sin que se omita que en ese cabal confin ha de incardinarse la culpa por deficiente o negligente asistencia sanitaria del caso de autos, por lo que tampoco en refuerzo de esa identidad de «ratio», ha de utilizarse como obstáculo diferenciador el singular

módulo de modulación que, (en sede de responsabilidad contractual, habilita el artículo 1103 «in fine» CC), pudiera provocar que la discrecionalidad entendedora de la Sala de instancia para apreciar el «quantum» indemnizatorio, varíe o experimente en un caso una reducción reglada, o en otro caso, una laxitud también reglada, ya que se reitera una vez más, el arbitrio de que gozan los Tribunales para apreciar ese «quantum» es análogo en ambos casos (sería ocioso reiterar que ese común tratamiento se refiere a las consecuencias de reparación económica tanto de los daños materiales como morales procedentes de culpa extracontractual o contractual, porque por esa discrecionalidad enjuiciadora de los Tribunales pueden cuantificar los mismos en términos análogos en una responsabilidad u otra), por cuanto lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales; en esa idea se han especificado por la recurrida perfectamente las circunstancias determinantes de las sumas en que se cuantifican los daños morales; y se destaca el núcleo acertado de su diversidad etiológica en su proyección psicológica en el enfermo, al decirse en su F. 2.º «...debe entenderse como indemnización del perjuicio moral, ciertamente incalculable, pero que entendemos que con ello se trata de indemnizar la zozobra que en el paciente causó la inatención y el progresivo deterioro de su salud, lo que le llevó a requerir otros servicios médicos, zozobra que de alguna manera, también se hubiera dado, si hubiera sido ingresado en Cruces, mientras se le realizaban las pruebas hasta que se le detectase el cáncer, pero que ante la inatención le obliga a tomar la decisión de acudir a otro Centro Hospitalario, atendiéndose además para su moderación a lo expuesto en cuanto a su incidencia a lo largo de este Fundamento»; y esta Sala no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivizar «nominatim» el Tribunal «a quo» para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no sólo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia; sin que por lo demás, se reitera, ese discurso de conformación de los conceptos relativos al daño moral, tras y para su ordenada trascendencia o valoración económica, puedan verse desbordados o expansionados por el objetivo del recurso -con un alarde profesional merecedor empero de elogios-, de especular sobre la referida zozobra en una singular visión del recurrente según que la misma, como se estima por éste, ha persistido tanto «in actu» cuando la asistencia se recibió como «ex post» a su término iniciador del peregrinaje a otros centros sanitarios, porque

la Sala con acierto expone que esa sensación lacerante o erosionante concita sobre sí un único, en cierto modo, síndrome generador del atributo del resarcimiento, aspecto éste, que, en caso alguno, puede ser objeto de revisión en casación, por lo cual, con el rehúse del motivo procede la desestimación del recurso, con las demás consecuencias derivadas.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 701/1999 (Sala de lo Civil), de 30 julio de 1999

Recurso de Casación núm. 190/1995.

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa

En la siguiente sentencia, el Tribunal Supremo Español rechazó la reclamación de daños morales que se basaba en los ocasionados por la infidelidad del cónyuge. Dice el TSE que la infracción del deber de fidelidad conyugal ya es causa legal de separación y genera un reproche ético-social. Pero no origina un resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad.

Los hechos necesarios para el estudio de la sentencia se relacionan en sus fundamentos de derecho.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

En la Villa de Madrid, a treinta de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número Veintiuno de dicha capital, sobre reclamación de cantidad, cuyo recurso fue interpuesto por don Alberto V. M., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Aresti Alfaro, posteriormente sustituida por su compañera doña María Concepción Delgado Azqueta, en el que es recurrida doña María de los Angeles B. D., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Ante el Juzgado de Primera Instancia número Veintuno de Madrid, fueron vistos los autos de menor cuantía número 889/1991, promovidos a instancias de don Alberto V. M., contra doña María Angeles B. D., sobre reclamación de cantidad.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: «... y tras los procesales oportunos, se sirva dictar sentencia por la que estimando la presente demanda condene a la demandada al pago a mi representado de veintidós millones doscientas mil pesetas (22.200.000 ptas.), en base a los siguientes conceptos: Como consecuencia del daño patrimonial sufrido por el esposo al mantener dos hijos fruto de las relaciones extramatrimoniales entre doña María Angeles B. D. y don Vicente S. L., la cantidad de veinticinco mil pesetas (25.000 ptas.) por hijo y por mes, hasta el momento de la separación de hecho, lo que asciende a dos millones ciento cincuenta mil pesetas (2.150.000 ptas.). Se condene también a la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión por don Alberto V. M. y que asciende a cincuenta mil pesetas (50.000 ptas.). En concepto de daño moral, se abone a mi representado la cantidad de diez millones de pesetas (10.000.000 ptas.) por cada uno de los hijos. Así como también declare nulo el convenio regulador suscrito con fecha 17 de febrero de 1983 y se proceda a una nueva liquidación de la sociedad de conyugal (sic), y en el caso y supuesto de que la misma no pudiera practicarse por haber vendido la demandada los bienes adjudicados, se compense la diferencia entre lo adjudicado en la liquidación, que se solicita en la nulidad, con la realmente procedente, en metálico».

Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte demandada se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, alegando la excepción perentoria contemplada en el artículo 1968 del Código Civil, en relación con el 1902 del mismo Cuerpo Legal, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: «... y previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia, desestimando íntegramente las pretensiones solicitadas en la demanda de adverso, tanto las reclamadas en concepto de pago de pensiones, por ser cosa juzgada, como la de que se anule el convenio regulador y la liquidación de sociedad de gananciales, por estar ajustadas a derecho, declarando haber lugar a la excepción perentoria planteada de prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios por haber transcurrido más de un año desde que se conoció el hecho, que teóricamente da origen a esta reclamación. Todo ello con expresa

imposición de costas a la parte demandante por su temeridad y mala fe».

Por el Juzgado se dictó Sentencia en fecha 5 de octubre de 1992, cuyo fallo es como sigue:

FALLO:

«Estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador don Jacinto Gómez Simón en nombre y representación de don Alberto V. M., contra doña María Angeles B. D., representada por la Procuradora doña María Jesús González Díez, sobre reclamación de cantidad de daños morales y patrimoniales, petición de nulidad del convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad conyugal, y condeno a la referida demandada a que abone al actor en concepto de daños morales la cantidad total de 10.000.000 de pesetas, absolviendo a la demandada del resto de las peticiones formuladas contra ella por el actor».

SEGUNDO.-Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia en fecha 28 de noviembre de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña María Angeles B. D., representada por la Procuradora señora González Díez y asistida por la Letrada doña Consuelo Abril González, contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, con fecha 5 de octubre de 1992, recaída en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la referida resolución, dictando en su lugar la siguiente: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por don Alberto V. M., representado por el Procurador señor Gómez Simón y asistido por la Letrada doña Laura López Lorenzo, debemos absolver y absolvemos a la demandada de todos los pedimentos de la demanda, sin expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias».

TERCERO.-Por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Aresti Alfaro, posteriormente sustituida por su compañera señora Delgado Azqueta, en nombre y representación de don Alberto V. M., se formalizó recurso de casación que fundó en el siguiente motivo:

«Único.-Fundado en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento

jurídico o jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, concretamente los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101 del Código Civil».

CUARTO.-Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, por la Procuradora señora González Díez, en nombre y representación de la parte recurrida, se presentó escrito impugnando el mismo.

QUINTO.-Habiéndose solicitado celebración de vista pública, se señaló para la celebración de la misma, el día quince de julio, a las 10.30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Alberto V. M. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra doña María de los Angeles B. D., sobre reclamación de 22.200.000 pesetas en concepto de daños morales y patrimoniales, nulidad del convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad conyugal existente entre ellos, cuyas pretensiones tenían como antecedentes fácticos, los siguientes: -Don Alberto y doña María Angeles contrajeron matrimonio civil y canónico en Madrid, el día 8 de mayo de 1974-, -Durante el matrimonio nacieron dos hijos en 1977 y 1981 e inscritos con los nombres de Sergio y Arianne-, -En 8 de febrero de 1983, los esposos suscribieron un convenio regulador, protocolizado notarialmente, procediendo así a una separación de cuerpos y bienes, quedando los hijos bajo la guarda y custodia de la madre, con las obligaciones del padre respecto a las cargas matrimoniales-, -En 1984, doña María Angeles demandó a don Alberto, impugnando su paternidad respecto a los hijos mencionados, en cuyo procedimiento recayó Sentencia en 18 de marzo de 1986, en la que se declaró que don Vicente S. L. era el padre de los niños Sergio y Arianne, habidos con doña María Angeles B. D. de relaciones extramatrimoniales, con los derechos y obligaciones inherentes a dicha relación paterno-filial, debiendo hacerse en el Registro Civil correspondiente las oportunas rectificaciones e inscripciones- y -En 1986 se instó por doña María de los Angeles demanda contra don Alberto sobre disolución del matrimonio por divorcio, y por Sentencia de 15 de febrero de 1988 se estimó la demanda, así como la reconvencción, decretándose la disolución, por divorcio, del matrimonio, y se acordó no conceder pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de don Alberto, Sentencia que fue confirmada por la dictada en 6 de mayo de 1989-. Las referidas pretensiones fueron resueltas por el Juzgado de

Primera Instancia número Veintiuno de Madrid, en Sentencia de 5 de octubre de 1992, por lo que, con estimación parcial de la demanda, se condenó a doña María Angeles a abonar a don Alberto, en concepto de daños morales, la cantidad total de diez millones de pesetas, absolviéndole del resto de las peticiones formuladas contra ella, siendo revocada por la dictada, en 28 de noviembre de 1994, por la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido de desestimar íntegramente la demanda interpuesta por don Alberto V. M., y es esta Sentencia la recurrida en casación por el expresado don Alberto.

SEGUNDO.- En el recurso de casación se formula un único motivo amparado en el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el que se denuncian, como infringidos, concretamente, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101, y se viene a argumentar, en síntesis, cuanto sigue: -La Sala considera que si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación, para añadir que no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible «descausalizar» tanto la separación como el divorcio-, -La infidelidad no se regula tan sólo como causa de separación en el artículo 82.1 del Código Civil, sino que también se regula en el artículo 68, estableciéndose que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Es decir, el legislador ha elevado a la categoría de derecho positivo, el criterio moral y social de la fidelidad y al que se refiere la Sentencia en el sentido de que la conducta de la demanda-apelante (sic) merece el reproche ético y social, y es además la infracción del deber establecido en nuestro Código Civil en su artículo 68-, -Doña Angeles ha incumplido sus deberes como cónyuge a que le obliga el artículo 68, siendo infiel a su esposo. Y ésa es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que ella viene obligada a cumplir. Si no lo cumple, con independencia de otras consecuencias, está incurso en causa de separación porque así además lo ha querido el legislador en su artículo 82.1. Si sólo hubiera querido que la infidelidad fuera causa de separación, no lo habría incluido en el artículo 68, sino tan sólo en el artículo 82-, -El hecho de que el adulterio y amancebamiento hayan sido desprovistos de su tipificación penal no implica que la conducta tipificada en ellos, no produzca ya daños morales-, -El recurrente, no sólo ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro. La propia parte

contraria lo sabe, pero no sólo le pareció poco el daño causado, sino que le dio publicidad en el diario «El País», circunstancia esta que incrementa el daño causado-, -El recurrente, ha estado contribuyendo a las cargas del matrimonio que impone el artículo 110 del Código Civil al padre, y el 39.3 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), cuando realmente no lo era, cuando era un tercero el padre y gracias al engaño de la esposa, el verdadero padre se ha visto eximido del deber de alimentar a sus hijos, habiéndolo hecho mi representado porque creía que los hijos eran suyos. Es decir, ha habido dolo en la conducta de la esposa- y -Todos estos conceptos se reclaman como consecuencia de que ha habido un incumplimiento contractual, con dolo y mala fe por parte de la esposa, de sus obligaciones matrimoniales, y este incumplimiento tiene sus consecuencias legales, con independencia de que una de ellas sea la de estar incurso en causa de separación-.

TERCERO.- Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones, unidas a las formuladas en la Sentencia recurrida -que la Sala hace suyas- son suficientes de por sí en orden a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal «a quo» haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101 del mismo, y esto así, y dado lo dispuesto en el ritualario artículo 1715.3, resulta procedente declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Alberto V. M., con imposición de las costas causadas.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Aresti Alfaro, en nombre y representación de don Alberto V. M., contra la Sentencia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, que dictó la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, y condenar, como condenamos, a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso.

Y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

Así por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-R. García Varela.- L. Martínez-Calcerrada y Gómez.-A. Barcala y Trillo-Figueroa.-Rubricados.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

§BAENA RUIZ, E.: “La vivienda familiar”. Ponencia en el Seminario sobre Vivienda. Plan Estatal de Formación de jueces y magistrados. Madrid 1992.

§BAYO DELGADO, J. “La pensión de alimentos entre cónyuges separados”. Comunicación en el Seminario sobre Derecho de Familia. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid 1993.

§BERCOVITZ CANO, R.: “Comentarios al Código Civil”, Coordinador. Ed. Aranzadi. Pamplona 2001.

§BUSTOS GOMEZ RICO, M.: “Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros”. Ponencia en el Seminario sobre Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho. Consejo General del Poder Judicial. CDJ 972003. Madrid 1997.

§CAMPOS PEREZ, Jaime Mauricio: Artículo: “La función pública del notariado y la protección de la vivienda familiar”. El Salvador.

§DE ANGEL YAGÜEZ: “Perjuicios morales y de disfrute o placer”, en Revista Española de Seguros, núm. 75, julio-septiembre 1993. Madrid.

§DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Temas de Derecho Civil-7. Madrid 1972.

§ESTRADA ALONSO, Eduardo: “Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español”. Ed. Cívitas, Madrid, 1991.

§GARCÍA LÓPEZ: “Responsabilidad civil por daños morales”. Ed. Bosch, Barcelona 1990.

§HERNÁNDEZ GIL: “Derecho de Obligaciones”. Ed. Ceura. Madrid 1983

§VARIOS AUTORES: “Comentarios al Código Civil”. Ministerio de Justicia. Madrid 1993.

§HERRERO GARCIA, M^a José: Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil. Estudio de Derecho Civil en Libro homenaje a José Beltrán de Heredia y Castaño. 1984.

§ILLÁN FERNÁNDEZ, José M^a: “Los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ed. Aranzadi. Pamplona 2002.

§JUANES PECES, A.: “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”. Ponencia presentada en el Seminario de formación de jueces y magistrados sobre Vivienda. Plan Estatal 1992 del Consejo General del Poder Judicial. España.

§LÓPEZ AZCONA, A.: “La ruptura de las parejas de hecho”. Ed. Aranzadi. Pamplona 2003.

§MONTERO AROCA, J. (Coordinador), GÓMEZ COLOMER, J.L., MASCARELL NAVARRO, M^a J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M^a P.: “Los procesos matrimoniales”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1997.

§MONTERO AROCA, J.: “La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2002.

§MONTERO AROCA, J.: “El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales”, en www.tirantonline.com.

§MONTES PENEDÉS, ROCA TRÍAS: “Derecho de familia, en www.tirantonline.com.

§Navarro Fdez.-Rodríguez C., “Comentario a la Scia. Aud. Territorial de Vizcaya de 3 de diciembre de 1985”, en *Rev. Poder Judicial*, n^o 2; Madrid, junio 1986)

§O'Callaghan Muñoz, J.: “Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho”. Ponencia en el Seminario sobre Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho (CDJ 972001). Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1997.

§Pantaleón Prieto, F.: “La autoregulación de la unión libre”. *Revista del Poder Judicial* n^o 4. Madrid. Diciembre 1986.

§SANTOS BRIZ, J.: “Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares”. III Simposium de Derecho Matrimonial y de Familia. Universidad de Navarra (España), 1984.

§SERRANO ALONSO, E.: “Manual de Derecho de Familia”. Edisofer. Madrid 2000.

§SERRANO GÓMEZ, E.: *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Ed. Tecnos. Madrid 1999.

§VARIOS AUTORES: “Las uniones estables de pareja”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2003.

§VIELMA MENDOZA, Y.: “Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual”, en <http://civil/udg.es/cordoba.com/vielma.htm>.

