

**EL DAÑO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL: ¿NUEVOS DAÑOS?
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL***

***DAMAGE IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM:
NEW DAMAGES? ANALYSIS OF CASE-LAW***

LAURA GÁZQUEZ SERRANO**

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2017

Fecha de Aceptación: 27 de abril de 2017

Disponible en línea: 30 de junio de 2017

El artículo 1902 del Código Civil Español, en sede de responsabilidad extracontractual, establece que todo aquel que con culpa causa “un daño” tiene la obligación de indemnizarlo, luego vemos, desde el primer momento como el Ordenamiento español maneja un concepto amplio de daño. A diferencia de otros sistemas jurídicos, como en el caso de Alemania, que tipifica tipos de daños en función de los bienes jurídicos afectados: vida, integridad corporal, salud, libertad.

La indemnización de los daños en los distintos países europeos presenta enormes diferencias, además de una constante evolución en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Así pues a nivel europeo no se ha conseguido la armonización en cuanto a las indemnizaciones

* Artículo de análisis jurisprudencial. Ponencia realizada en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Privado en la ciudad de Medellín.

** Profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Autora de La indemnización por causa de muerte y El contrato de mediación o corretaje; además ha escrito diversos capítulos de libros y artículos doctrinales editados en las más prestigiosas publicaciones. Ha sido profesora visitante en diversas Universidades Europeas, como la Sapienza en Roma y la Universidad francesa Paris III. Contacto: lgasquez@ugr.es



y los ciudadanos de la Unión Europea reciben un tratamiento desigual, habiendo enormes diferencias sobre todo entre los países latinos con los anglosajones.

Así pues, encontramos la clasificación tradicional de daño, daños patrimoniales (daños emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales, corporales y morales, y los perjuicios económicos que se derivan de los daños corporales y todos ellos tienen cabida en nuestro artículo 1902 que regula la responsabilidad civil extracontractual.

En lo que a la responsabilidad contractual se refiere, en caso de incumplimiento los artículos 1106 y 1107 del Código Civil disponen la indemnización de los daños y perjuicios, tanto el daño emergente y el lucro cesante, siempre y cuando sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, y además previstos y previsibles al tiempo de constituirse la obligación, salvo que haya actuado con dolo. Y el artículo 1101 del Código Civil dispone que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas. La indemnización por daños y perjuicios, con independencia de su origen o procedencia, tiene por objeto indemnizar al acreedor de las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de la obligación y restituyendo al acreedor en la misma indemnidad en que hubiere permanecido en el supuesto de que el deudor no hubiere contravenido el tenor literal de la obligación. Se indemnizan tanto los daños patrimoniales como los morales.

Considera el Tribunal Supremo español que el daño moral no deriva solo de la lesión de bienes de naturaleza extrapatrimonial, sino también de la lesión de intereses de naturaleza patrimonial, por lo que es perfectamente indemnizable el daño moral en el ámbito del incumplimiento contractual. Así en ocasiones se ha indemnizado el daño moral producido como consecuencia del incumplimiento derivado de un viaje combinado, tal y como hizo la sentencia de 31 de mayo de 2000, en la que se indemnizó al cliente de una línea aérea por daño moral consistente en la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de explicación razonable de la demora, inquietud por regresar el domicilio después de un viaje de novios y preocupación por la pérdida de un día de trabajo.

Tanto el artículo 1902 como el artículo 1101 del Código Civil español hablan de indemnización con carácter general, pero no regulan formas concretas a través de las cuales podría llevarse a cabo tal indemnización. En cambio el Código Penal, (reformado el 31 de marzo de 2015 y entrada en vigor el 1 de julio de 2015) establece en su artículo 110 tres formas distintas: “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales”. Por su parte, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de (Ley 39/2015, de 1 de octubre. Ref. BOE-A-2015-10565.) señala en su artículo 141: 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos. 2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. 3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria. 4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

Pues bien además de los que podemos denominar “daños tradicionales”, podemos preguntarnos si es posible la existencia de otro tipo de perjuicios y por supuesto si es posible la reparación de los mismos y en qué forma.

Dada la amplitud terminológica de nuestros textos legislativos, ha sido la jurisprudencia la que ha creado nuevas figuras de daño y la posi-

bilidad de reparación de los mismos; así hoy podemos afirmar que la clasificación que denominamos tradicional ha sido superada y encontramos nuevas categorías: daños indirectos (los conocidos en el ordenamiento francés como “*dommage per ricochet*”), daños a la vida de relación, daños a la pérdida de calidad de vida, daños a la salud y daño biológico (“*danno biologico*” del ordenamiento italiano), daños relacionados con la procreación, el perjuicio estético, daños laborales, la pérdida de oportunidad, daños desproporcionados, los daños punitivos, daños ambientales y daños ecológicos, daños por ruido, el daño moral en las personas jurídicas, daño moral en el ámbito de las relaciones familiares daños causados a los consumidores (responsabilidad por productos y servicios defectuosos).

A pesar de la existencia de todos estos daños, sin embargo debemos preguntarnos si realmente se consigue la reparación integral de los mismos, finalidad que debe perseguir bajo mi entender el instituto de la responsabilidad civil. Además cuando se busca la reparación de los mismos, se pretende solo una compensación o por el contrario la responsabilidad civil puede desarrollar funciones preventivas o punitivas.

Podemos afirmar que la finalidad que persigue la responsabilidad civil es reparadora, es decir, el intentar situar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba antes de haber sufrido el perjuicio. La reparación o compensación trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño

Si bien ello no es óbice para que nos preguntemos si además puede cumplir otras funciones: compensatoria, preventiva, punitiva, satisfactiva.

Una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre del 2005, dejaba sentada su lejanía conceptual para con los daños punitivos en el ordenamiento español: «Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual hay que aplicar, ciertamente, el art. 1106 CC (LA LEY 1/1889), pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (Sentencias de 26 de noviem-

bre de 1994, de 13 de abril de 1987, de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982 EDJ 1982/5753, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados “daños punitivos”, ni tiene ahora función la idea de una “pena privada”.»

Sin embargo en el ámbito de los accidentes laborales podríamos encontrar esta función punitiva de la responsabilidad civil; si el accidente laboral ha sido como consecuencia del incumplimiento por parte del empresario de las medidas de seguridad y salud laboral la indemnización tendrá un recargo que oscilará entre un 30% y un 50%, que es acumulado al quantum indemnizatorio que se deba por la responsabilidad civil del empresario. De modo que tanto la Sala delo Civil como la Sala delo Social del Tribunal Supremo aplican la técnica de la acumulación al recargo de las prestaciones para garantizar su función punitiva.

En este sentido la sentencia de la Sala Cuarta de 2 de octubre de 2000 considera que la finalidad de recargo es evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, imputables por tanto al empresario infractor el que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores. Se pretende impulsar coercitivamente, de forma indirecta, el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente.

Por otra parte, entiendo que puede ser perfectamente compatible la primordial y principal función de reparar de la responsabilidad civil con la función de prevención, adoptando medidas razonables que eviten el daño, que no por ello deben confundirse con medidas punitivas, alejadas bajo mi entender de la naturaleza de la responsabilidad civil.

Así por ejemplo, en el ámbito de los daños medioambientales, la ley 11/2014 de 3 de julio por la que se modifica, la ley 26/2007, de 23

de octubre de responsabilidad medioambiental, refuerza los aspectos preventivos de la misma, para lo cual se considera oportuno impulsar el uso de los análisis de riesgos medioambientales, como herramienta de gestión del riesgo medioambiental. Esta ley cumple la doble función de prevenir y de reparar los daños. Todo ello basado en el principio quien contamina paga. En este sentido la sentencia de 12 de diciembre de 1980 manifestó que la protección de los derechos no se contrae a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que también ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales.

La reparación integral debe de perseguir la reparación que comprenda todos y cada uno de los daños sufridos, los perjuicios patrimoniales y los extrapatrimoniales. De tal modo que la total indemnidad es la finalidad que debe perseguir la responsabilidad civil. Así, y como afirmó el Tribunal Supremo en la sentencia de la Sala de lo Penal de 20 de enero de 1976 la indemnización supone que el que la perciba quede indemne, y ello significa que abarcará todos los perjuicios que se padezcan tanto en el orden material como en el orden moral, extendiéndose tanto al daño emergente como al lucro cesante, se pretende que los perjudicados sean resarcidos de forma cabal e íntegra alcanzándose la total indemnidad.

En relación con la indemnización de los daños corporales la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007 considera que para poder conseguir la verdadera indemnidad de la víctima tiene que procederse a la denominada vertebración del daño, es decir, no se puede realizar una valoración conjunta de los daños causados, sino que se debe hacer una valoración vertebrada de los totalidad de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado. Requerirá por tanto diferenciar la tasación del daño biológico y fisiológico, de la correspondiente a las consecuencia personales que el mismo conlleva (daño moral) y de la que pertenece al daño patrimonial, separando por un lado el daño emergente (los gastos soportados por causa del hecho dañoso) y por otro los derivados del lucro cesante (la pérdida de ingresos y de expectativas).

La Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2016, busca

la reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada, ya que se indemniza conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema, por lo que no pueden fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él, salvo los perjuicios recogidos en el texto como “excepcionales” (perjuicios relevantes ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema).

Idea que es recogida de forma expresa en el artículo 33 del nuevo texto legislativo, según el cual: “1. La reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración. 2. El principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias. 3. El principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad”.

Con respecto al principio de vertebración aparece expresamente recogido en el artículo 33: 4. El principio de vertebración requiere que se valoren por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, los diversos conceptos perjudiciales. 5. La objetivación en la valoración del daño supone que se indemniza conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema, por lo que no pueden fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él. No obstante, los perjuicios relevantes, ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema, se indemnizan como perjuicios excepcionales de acuerdo con las reglas establecidas al efecto en los artículos 77 y 112.

Lo que está claro es que ante la amplia gama de daños cada uno de ellos merecerá tipos de reparación diversa, así por ejemplo, la indemnización de los daños patrimoniales podrá ser in natura, y cuando esto no sea posible acudiremos a la reparación por equivalente, que supondrá la

entrega de una suma dineraria al perjudicado, que en el caso de perjuicios patrimoniales será el equivalente del daño sufrido y para el caso de los daños morales será una cantidad que compense el perjuicio sufrido. También podríamos hablar de la reparación en especie, a través de la entrega de bienes equivalentes al valor del perjuicio sufrido.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015 as formas de reparar el daño son la reparación específica o “in natura” y la indemnización por equivalencia. Dentro de la primeras distingue la dogmática, en sede de responsabilidad contractual, entre la reparación “in natura” del daño y el cumplimiento “in natura” de la obligación incumplida. La reparación “in natura” consistirá en reintegrar la esfera jurídica que se ha lesionado a otra persona a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría si no se hubiese producido el evento dañoso. Por contra, la reparación por equivalencia, denominada también indemnización y resarcimiento, lo que persigue es que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido por el damnificado, a través normalmente de la entrega de una suma de dinero, que se traduce en la prestación del “*id quod interest*”.

En el ámbito de la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento, la jurisprudencia (STS de 9 noviembre 1968) se decantó como regla general por el cumplimiento en forma específica, otorgando prelación a la “*restitutio in integrum*” sobre la indemnización con entrega de suma de dinero, declarando (STS 10 de octubre de 2005) que en nuestro sistema el cumplimiento de la obligación por equivalencia es subsidiario de la satisfacción del acreedor de forma específica. En concreto, tratándose de obligaciones de hacer, la sentencia de 13 de junio 2005 puso de manifiesto que la reparación “in natura” es preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera (sentencias de 2 diciembre 1994; 13 mayo 1996 y 13 julio 2005).

Hay supuestos en los que la reparación in natura será imposible, como es en el caso del daño moral, donde la indemnización será a modo de compensación. Incluso hay veces en los que la reparación in natura no es posible porque puede resultar muy onerosa en relación con el daño causado o muy compleja.

Ahora bien, con la indemnización tampoco puede conducirnos a un enriquecimiento injusto. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Primera, de 2 de noviembre de 2009, establece que “el propietario tiene derecho a reparar el vehículo y que el causante del daño, así como su aseguradora, no pueden limitar tal derecho, por lo que debe ser indemnizado por el importe de la reparación, aunque ésta supere en exceso el valor del vehículo. Solamente si se aprecia que con la reparación se ha producido o se producirá una mejora apreciable, será procedente reducir el importe de la indemnización”. Igualmente la sentencia de la Audiencia provincial de Pontevedra de 25 de noviembre de 2011 declaró que *lo que no procede es obligar a la parte demandada a indemnizar el importe total de la reparación, toda vez que el estado en que ha quedado el vehículo fue calificado de siniestro total. Realizar una reparación de esa envergadura en la carrocería y por esa cuantía (4.852,8 euros), resultaba claramente antieconómica. Si se exigiese el abono de semejante cantidad, constituiría sin lugar a dudas un enriquecimiento injusto a favor del demandante, pues estamos hablando de un coche de una cierta antigüedad, al que afectaba la consiguiente devaluación que el paso del tiempo provoca en este tipo de bienes muebles, y que se experimenta a partir del mismo instante de su adquisición, a lo que hay que sumar el desgaste propio del uso. Al reparar, se habrán colocado piezas totalmente nuevas, como lo son las chapas de la carrocería que sustituyesen a las dañadas, de modo que parte de ese coche reparado es completamente nuevo. Ahí estaría el enriquecimiento injusto, por cuanto D. Ricardo acabaría obteniendo, sin ningún coste dinerario por su parte, su coche no exactamente en las mismas condiciones que lo tenía antes, sino “mejorado” o “renovado”, dado que algunas partes de él no tendrían el deterioro propio del uso ni del paso del tiempo.*

De éste modo el principio de reparación íntegra o de total indemnidad solo cederá cuando el valor de reparación sea incluso superior a un vehículo nuevo y cuando la diferencia entre el coste de reparación y el valor venal sea tan considerable que nos sitúe ante un abuso de derecho por parte del perjudicado, quien se vería enriquecido de forma injusta. La indemnización debe de ser equivalente al importe de la reparación, siempre que con ésta se haya pretendido exclusivamente devolver el coche al estado en el que se encontraba antes del accidente, y no la mejora

de las condiciones del vehículo, y que su importe no resulte absurdo ni desproporcionado.

Por tanto, los principios básicos de la responsabilidad civil creo que deben de ser la reparación integral del daño causado y la prohibición de enriquecimiento injusto. Y ambos principios serán tenidos en cuenta para fijar el importe de la indemnización. Así la sentencia de 31 de diciembre de 2001 del Tribunal Supremo de la Sala Tercera declaró que la responsabilidad patrimonial de la administración comporta la reparación integral de los perjuicios sufridos con el fin de conseguir una completa indemnidad.

Esta reparación integral supone por tanto la total compatibilidad de la indemnización por responsabilidad patrimonial con otras prestaciones a las que pudiera tener derecho el perjudicado, tal y como se contiene en el sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2000: las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial son compatibles con las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de la administración, por tener causa en títulos diferentes y ser exigencia de ésta la plena indemnidad de la víctima.

De modo que a pesar de esta compatibilidad y para evitar un enriquecimiento injusto el importe recibido debe de ser tenido en cuenta para cuantificar el importe de la indemnización. En el ámbito de los accidentes laborales son compatibles las partidas que pudieran corresponder en concepto de indemnización por responsabilidad civil y por prestaciones laborales correspondientes. En este sentido la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001 si bien afirma la compatibilidad entre los diversos conceptos no implica que haya de hacerse abstracción, a la hora de cuantificar las indemnizadas en la misma, de las cantidades ya abonadas, basadas en la relación laboral y de Seguridad Social, antes al contrario, deben ser tomadas en consideración dado que todas ellas tienden a lograr idéntica finalidad y no otra que la total indemnidad de los perjudicados.

Los daños sufridos como consecuencia de un accidente de trabajo puede dar lugar a cuatro partidas indemnizatorias: en primer lugar las prestaciones de la seguridad social, en segundo lugar determinadas

mejoras voluntarias que complementan la acción protectora de la seguridad social; seguidamente el recargo de prestaciones que supone un incremento del 30% al 50% cuando el accidente ha sido consecuencia del incumplimiento del empresario la normativa de seguridad y salud laboral, y por último la responsabilidad civil del empresario derivada que también se deriva del incumplimiento por parte del empresario de la normativa anterior.

Pues bien nuestro ordenamiento jurídico admite la compatibilidad de las cuatro partidas indemnizatorias, pero tendremos que fijar como actúa dicha compatibilidad para alcanzar efectivamente la reparación integral pero no producir un enriquecimiento injusto. En este sentido la jurisprudencia española opta en lo que se ha venido a llamar la compatibilidad relativa de las indemnizaciones. De modo que las prestaciones sociales y civiles, aún siendo compatibles no son absolutamente independientes. De tal modo que la sentencia de la Sala delo Civil de 24 de julio de 2008 afirmó que no debe de existir una independencia absoluta delo percibido en concepto de indemnizaciones por contingencias aseguradas y por las de responsabilidad civil complementaria; estas últimas deben de completar lo ya percibido para evitar la sobreindemnización y el enriquecimiento injusto. Esta es la que se denomina la doctrina jurisprudencial de la técnica del descuento.

Podemos analizar distintos tipos de daños y las diversas formas de reparación de los mismos.

Si nos centramos en el daño moral es célebre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912 que fue la primera que trató la indemnización del mismo, y que supuso una nueva etapa en la jurisprudencia española de derecho de daños. Los hechos acontecen cuando el periódico “El Liberal” publicó la falsa noticia por la que daba cuenta de la fuga de un fraile con la hija menor del alcalde de Totana, con la que al parecer y según el diario, llevaba 3 meses manteniendo “una escandalosa sucesión”. Sorprendidos en la entrada de Lorca, por un tío de la quinceañera, el religioso se suicida. La sentencia, sin llegar a definir el concepto de daño moral, se expresa en los siguientes términos: “la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración

que pueda padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo por tanto ser apreciados estos daños como uno de los más graves”. Esta sentencia, sin embargo, contempla el daño moral de forma directa, por las consecuencias que del mismo se reflejaban en el patrimonio de la víctima.

Será la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1917 la que indemnizará por primera vez en España el daño moral. Esta sentencia concedió la indemnización a un médico que injustificadamente había sido expulsado de su colegio profesional “por el menoscabo causado en la fama y reputación profesional del médico”.

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1959, consideró la existencia de daño moral respecto al honor del marido que quedó mancillado, habida cuenta que su esposa le había sido infiel con otro hombre. Manifiesta que “además de ser una ofensa al sentimiento público de honestidad, ataca directamente la dignidad y honor del marido, que al ver mancillado y deshecho su hogar, ha de sufrir la tortura de tan afrentosa situación”.

Una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de mayo de 2013 indemnizó con 5000 euros el daño psicológico sufrido por una mujer víctima de una agresión sexual y de lesiones por parte de su expareja, y la sentencia del Juzgado número 3 de Cartagena de 27 de febrero de 2014 concedió una indemnización de 10000 euros a una mujer víctima de violencia psíquica habitual y de malos tratos por parte de su marido.

Si hablamos del daño moral de las personas jurídicas la sentencia de la Sala Primera del Tribunal supremo de 20 de febrero de 2002 estima que tanto las personas físicas como jurídicas son susceptibles de sufrir daños morales y por tanto solicitar la indemnización de los mismos; consistiendo el daño moral de la persona jurídica, en el desprestigio de cara al público, que puede causarle perjuicios económicos. Del mismo modo la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1997 consideró como daño moral los daños derivados del

incumplimiento con proveedores y clientes a los que se vio obligada una empresa cuando el ayuntamiento de forma indebida paralizó las obras lo que supuso una pérdida de clientela.

Podríamos llegar a afirmar que en estos casos parece que se admite el daño moral de la persona jurídica como una excusa para poder indemnizar ciertos daños patrimoniales que por ejemplo no han sido debidamente acreditados o probados. En realidad se indemniza como daño moral pérdidas patrimoniales que se han podido producir en la empresa. Además hay sentencias que niegan la posibilidad que la persona jurídica pueda sufrir un daño moral, tal y como declararon los pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000 y de 11 de septiembre de 2001.

En relación con los daños indirectos, como es sabido, son aquellos sufridos por quien no es la víctima directa, pero que sin embargo, como consecuencia del hecho ha experimentado un perjuicio ya sea patrimonial (pérdida de ingresos u otros gastos de los familiares) o extrapatrimonial (lo que la doctrina francesa denomina perjuicio de afección o perjuicio de acompañamiento). La Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2002 concede indemnización por los daños morales sufridos por la esposa de la víctima inicial a causa del estado de gran invalidez que padeció su marido durante los tres años anteriores a su muerte bajo el razonamiento de que “una cosa es el daño moral producido por la muerte de una persona y otra el daño moral sufrido por la esposa durante los tres años en los que un marido completamente inmovilizado se vio sometido a sucesivas intervenciones quirúrgicas, y que dichos conceptos son indemnizables de forma separada “.

Podemos preguntarnos, por ejemplo, qué indemnización o cómo podemos reparar a terceros no víctimas directas de un accidente de tráfico en el que el resultado es un gran lesionado o una larga incapacidad temporal de la víctima inicial del siniestro, que provoca en los familiares, sin ser perjudicados directos un perjuicio claro, que por ejemplo, tienen que abandonar su vida y quehaceres cotidianos para atender a las necesidades del lesionado.

Pongamos por caso, la embarazada que como consecuencia del accidente de tráfico pierde el bebe que esperaba; a ella lógicamente le

corresponde indemnización, pero ¿Qué ocurre con el progenitor del concebido no nacido? ¿Qué tipo de indemnización recibe por la pérdida de su hijo? ¿se puede decir que él no es perjudicado de las consecuencias del accidente? Pues bien atendiendo a nuestro sistema legal español de indemnizaciones causadas en accidentes de circulación, el conocido Baremo, el progenitor no está acogido por la legislación y por tanto no le correspondería indemnización alguna.

El Baremo de 2016 contempla el supuesto de fallecimiento de víctima embarazada con pérdida de feto: en este caso, el cónyuge (y se supone que a su vez padre del no nacido, aunque curiosamente el baremo no se refiere a la posibilidad de que éste pueda ser distinto de aquél, ni de que el padre no estuviera casado con la embarazada) percibirá un incremento en la indemnización básica de hasta un 25 por ciento, tanto más elevado cuanto más avanzada estuviera la gestación.

El admitir la autonomía de los daños por rebote va a tener una serie de consecuencias prácticas, pues una vez acreditado se someterá al principio de la reparación íntegra, de modo que se valorará el daño atendiendo a la importancia del mismo, y es lo único que se tendrá en cuenta, es decir el propio daño, sin tener en cuenta para nada la posible evaluación que se pueda hacer del daño experimentado por la víctima inicial.

Con respecto al daño biológico el mismo ha sido definido por la jurisprudencia como la lesión a la integridad psico-física en sí mismo considerada, en cuanto incide en el valor hombre en toda su concreta dimensión, y que no se agota en su sola actitud a producir riqueza sino que se conduce a la suma de las funciones naturales referentes al sujeto y en el ambiente en el que su vida se desarrolla y sus eventos no solo económicos, sino también biológicos, sociales, culturales, estéticos. De esta manera la indemnización del daño biológico subsistirá independientemente de la eventual pérdida o reducción de rentas, supone por tanto la alteración temporal o permanente del sujeto que le impide gozar la vida en la misma medida en que era posible antes de la producción del hecho lesivo.

Relacionados con el daño biológico están los denominados daños a la vida de relación, considerados como la privación de ejercer determinadas

actividades, la pérdida de goces y alegrías propios de la vida normal y cotidiana. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de marzo de 2003 concede indemnización a los padres de un menor que sufrió graves lesiones cuando en un espectáculo una res saltó una valla. Las heridas fueron de tal entidad que le supusieron limitaciones en su vida personal. En este caso confluyeron además otros perjuicios por lo que la indemnización se concedió también por lesiones físicas, psíquicas y perjuicio estético.

Centrándonos en el perjuicio estético debemos mencionar la legislación española de accidentes de circulación; Se regula específicamente el daño estético como secuela y se considera como un perjuicio distinto del psicofísico. Y el artículo 102 regula los diferentes grados del perjuicio estético: 1. La medición del perjuicio estético se realiza mediante la asignación de una horquilla de puntuación a cada uno de los grados teniendo en cuenta, de modo particular, los factores siguientes a) el grado de visibilidad ordinaria del perjuicio, b) la atracción a la mirada de los demás, c) la reacción emotiva que provoque y d) la posibilidad de que ocasione una alteración en la relación interpersonal del perjudicado. 2. Los grados de perjuicio estético, ordenados de mayor a menor, son los siguientes: a) Importantísimo, que corresponde a un perjuicio estético de enorme gravedad, como el que producen las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal. b) Muy importante, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de dos extremidades o la tetraplejia. c) Importante, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de alguna extremidad o la paraplejia. d) Medio, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de más de un dedo de las manos o de los pies, la cojera relevante o las cicatrices especialmente visibles en la zona facial o extensas en otras zonas del cuerpo. e) Moderado, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las cicatrices visibles en la zona facial, las cicatrices en otras zonas del cuerpo, la amputación de un dedo de las manos o de los pies o la cojera leve. f) Ligero, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las pequeñas cicatrices situadas fuera de la zona facial. 3. Los perjuicios estéticos no

mencionados en los distintos grados señalados en el apartado anterior se incluyen en el grado que corresponda en atención a su entidad, según criterios de proporcionalidad y analogía.

Y también podemos mencionar el llamado daño o perjuicio sexual, que comprendería la imposibilidad de mantener relaciones o de procrear. En esta línea reseñamos la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006 por la que se indemniza a una mujer que tras un diagnóstico erróneo se le extirpa una trompa de Falopio, limitando la procreación a la inseminación artificial.

Si nos centramos en los daños relacionados con la procreación, los conocidos como “wrongful life”, o wrongful brith el Tribunal Supremo español en su sentencia de 11 de mayo de 2001 de la Sala de lo Civil distinguió entre ambos supuestos: si es la madre la que ejercita la acción estamos ante el llamado wrongful brith, pues la reclamación se centra en la pérdida de la posibilidad de decidir sobre la interrupción del embarazo: por su parte si la acción la ejercita el hijo o los padres en su nombre se habla de “wrongful life” y la reclamación se basa en el hecho que si el médico hubiese informado a los padres en forma oportuna, tal vez no habría nacido, ni experimentaría entonces el daño moral causado por el sufrimiento de verse en la situación en la que se encuentra.

Nos puede resultar interesante citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de septiembre de 2002; en la misma se expone como nos hallamos con una tipología de daños determinantes de posible responsabilidad civil del médico en relación con la concepción y el nacimiento de una persona, más en concreto, en un grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por la falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia de que no existe constancia –o no se descubre o no se informa a tiempo- del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido». Y, añade que «el problema es conocido en otras latitudes, mucho, por ejemplo, en Estados Unidos y en Europa en los últimos tiempos, y todo hace suponer el progresivo arraigo de la “conciencia social” de la posibilidad de abor-

tar, así como el incremento de las pruebas prenatales, incrementen estas demandas de responsabilidad civil contra médicos y otras instituciones». Y, en fin, pone de manifiesto en esta resolución que «es claro que en esta materia nos movemos en un delicado terrero, en el que lo moral, lo filosófico y lo jurídico confluyen de forma especialmente compleja donde se entrecruzan dificultades conceptuales junto al propio drama humano que en ellos existen en cuanto ponemos en contraste (en abstracto, no en presencia de un caso concreto) la idea de nacer –y verse sometido a una vida quebrantada y objetivamente poco atractiva- y la de no haber nacido. Pero en el contexto que ahora nos movemos, los problemas elocuentes desde el punto de vista estrictamente jurídico, sobre todo, en lo que respecta a la relación de causalidad y a la determinación de cuál es el daño resarcible y cómo se indemniza».

Ciertamente, no se puede ignorar las implicaciones de carácter ideológico, ético, moral e, incluso religioso que suscitan este tipo de acciones de wrongful birth y wrongful life y que provoca un polémico debate sobre la ponderación de la vida del nasciturus como bien constitucionalmente protegido, y los derechos a la salud, la dignidad y la autodeterminación de la mujer. En este tipo de acciones lo que se considera como daño es la privación a los progenitores de la facultad de decidir si la madre continua o no con el embarazo. En este sentido la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005 consideró que el daño resulta no solo del hecho de haber privado a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar, y de consentir en definitiva dar vida a un nuevo ser, sino también a los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido; moral y patrimonial.

En otro orden de cosas la jurisprudencia española también considera indemnizable la pérdida de oportunidad, por ejemplo la mala actuación de un abogado que presenta una demanda fuera de plazo que priva a la víctima de la posibilidad de obtener una sentencia favorable o el retraso en un diagnóstico que priva al paciente de la posibilidad de un tratamiento médico adecuado.

El concepto de pérdida de la oportunidad médica se refiere a aquellos actos que realiza un profesional de la medicina, que han podido influir

en la evolución del curso de una enfermedad, privando al paciente de oportunidad de curación. Es decir, aquellas actuaciones que no han causado las dolencias, pero que si han influido en la muerte del enfermo o en caso de supervivencia, en la posibilidad de curar definitivamente o en que deba sufrir su enfermedad sin una determinada comodidad. Los profesionales o instituciones no son responsables de la enfermedad a la que se enfrentan pero responderán civilmente cuando su conducta incide en la evolución del paciente. Si bien la patología que sufre el enfermo es ajena a los profesionales que la tratan, debe declararse su responsabilidad cuando un retraso o desviación del acto médico suponga que la enfermedad o el daño se convierta en crónico, en definitivo o cause la muerte.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011 manifiesta que la privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia “pérdida de oportunidad” se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmararlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.

Las reclamaciones por responsabilidad profesional de abogados o procuradores, se producen normalmente por falta de ejercicio de acciones en tiempo ante los tribunales o por falta de interposición de recursos ante resoluciones que han resultado desfavorables. En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003 y la de 12 de diciembre del mismo año establecen que el juez deberá de establecer una indemnización a favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. Una

expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada pérdida de oportunidad.

Los requisitos para que surja responsabilidad civil por pérdida de oportunidad son los siguientes: el incumplimiento de un deber, la prueba de tal incumplimiento, la existencia de un daño efectivo consistente en la disminución de las posibilidades de defensa, existencia de un nexo de causalidad, fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades (en este sentido se pronuncian las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2013, 20 de mayo de 2014 y 10 de junio de 2015 entre otras).

Por tanto, el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso, no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil (en estos términos se expresa la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2015).

Del mismo modo, y en relación con una supuesta negligencia médica, la sentencia de la Sala de lo Civil de 8 de septiembre de 2015 afirma que la pérdida de oportunidad no genera responsabilidad cuando no se produce un daño, y en este sentido, no queda acreditado que la recuperación de peso fuera debida a la operación en tanto concurren otras posibles causas plausibles, como no respetarla dieta, padecer un embarazo, un parto con diabetes gestacional y sufrir una liatosis biliar.

BIBLIOGRAFÍA

AADV. El remido indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis aplicación e instrumentos comparados. 2ª edición. Indret. Revista para el análisis del Derecho. www.indret.com Barcelona. 2013.

Abel Lluch X. La prueba de la indemnización de los daños y perjuicios: daño emergente, lucro cesante y daño moral. La Ley. 4314/2014.

- Álvarez Pedrosa. L.M. Equidad y prudente arbitrio en la compensación por daño moral causado por bienes o servicios defectuoso .La Ley 2782/2016
- Avilés García J. tipología de daños causalidad y prescripción. La Ley 3994/2016.
- Aviño Belenguer. D. El daño como presupuesto de la acción de responsabilidad civil - por contaminación. La ley 8033/2015.
- Berrocal Lanzarot. A. La responsabilidad por daños relacionados con la procreación. La Ley 5942/2015.
- Casado Andrés B. El concepto del daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia. Mayo 2015.
- Cortés Moncayo. E. Responsabilidad Civil y daños a la persona en el derecho Latinoamericano. Revista Roma-America.Diritto romano comune 26, Roma, 2008.
- De Salas Claver. J. Daños punitivos: la pregunta es para cuando. La Ley 6492/2007
- Díaz Martínez. A. Daños causados en la investigación biomédica y la realización de estudios genéticos: conductas y omisiones determinantes de responsabilidad y resarcimiento (1). La Ley 51/40 2007.
- Elorriaga de Bonis. F. Del daño por repercusión o rebote. Revista Chilena de Derecho. Volúmen 26 n° 2 1999. Sección de Estudios.
- Ginés i Fabrellas. A Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional. Indret. Revista para el análisis del Derecho. www.indret.com Barcelona 2013.
- Gómez Pomar F. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª 20.02.2002: el daño moral de las personas jurídicas. Indret. Revista para el análisis del Derecho. www.indret.com Barcelona. 2002
- González Hernández. R. la responsabilidad civil por daños al medioambiente. Anuario Jurídico y Económico Ecurialense. 2012
- Gutierrez Espada C. Derecho Europeo y Responsabilidad por daños derivados de los productos. Universidad de Murcia.
- Koteich M. El daño extrapatrimonial las categorías y su resarcimiento. Evista de Derecho Privado n° 10 2006.
- López Martínez J.C. Aplicación del baremo de tráfico como criterio orientador e indemnización por separado del daño moral extracorporal Comentario a la TS 1.ª S 232/2016, de 8 de abril. La Ley 2759/2016.

- Llamas Pombo E. Formas de Reparación del daño (1). La ley 183/2010.
- Llamas Pombo E. La tutela inhibitoria del daño. La Ley 1409/2003.
- Llamas Pombo E. Negligencia médica daño moral y baremo. La Ley 3371/2012.
- Llamas Pombo. E. Nuevo debate sobre los punitives damage. La Ley 198/2012.
- Llamas Pombo. E. prevención y reparación de los daños derivados del ruido. La Ley 1618/2013.
- Luna Yerga. A. Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español. Indret. Revista para el análisis del Derecho. www.indret.com Barcelona 2002.
- Martín Casals. M. Conceptos perjudiciales (heads of damage) en la indemnización por muerte y lesiones corporales en Europa. Indret. Revista para el análisis del Derecho. www.indret.com Barcelona. 2013.
- Martínez Gallego. E.M. Del daño ecológico a la defensa del medio ambiente. (1). La Ley 19984/2009.
- Medina Crespo M. La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada. Revista de Responsabilidad Civil Circulación y Seguro. Madrid.
- Noval Muñoz. N. El *id quod interest* y la determinación de los daños morales en Derecho Comparado. La Ley 71/2014.
- Restrepo Rodríguez T El remedio preventivo en la responsabilidad civil. Revista de Derecho Privado nº 14 2008.
- Solarte Rodríguez A. La reparación in natura por daño. VNIVERSITAS. Número 109 2005. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá Colombia.
- Solé Feliu. J. El daño moral por infracción contractual: principios modelos y derecho español. Indret. Revista para el análisis del Derecho. www.indret.com Barcelona 2009.
- Ureña Martínez. M. indemnización por daño moral a la mujer víctima de violencia de género. Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla- La Mancha. 2014.

