

LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA*

Alma María Rodríguez Guitián**

* Este trabajo, ahora ampliado, fue objeto de una comunicación presentada en el Congreso "Los incumplimientos en el ámbito de la contratación inmobiliaria", celebrado en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga (España), los días 2 y 3 de noviembre de 2006. La asistencia a tal congreso se hizo con cargo al proyecto de investigación "La transmisión de la propiedad. Especial referencia al Derecho Europeo actual" (SEJ 2005-04765/JURI), concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, por un plazo de 3 años (2005-2008), cuyo investigador responsable es José María Miquel González, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid (España).

** Doctora en Derecho Privado, Social y Económico de la Universidad Autónoma de Madrid y Profesora titular de Derecho Civil. alma.guitian@uam.es
Correspondencia: Area de Derecho Civil (despacho núm. 15), Facultad de Derecho, C/ Kelsen 1, Universidad Autónoma de Madrid, Ciudad Universitaria de Cantoblanco, 28049 Madrid (España).

REVISTA DE DERECHO

Nº 30, Barranquilla, 2008

ISSN: 0121-8697

Resumen

Este artículo analiza las dos objeciones que tradicionalmente la doctrina ha realizado a la reparación del daño moral derivado del incumplimiento de un contrato: primero, la normativa reguladora de la responsabilidad contractual del Código Civil español sólo prevé la compensación del daño patrimonial (artículos 1101 y siguientes); segundo, el propio concepto de daño moral, ligado siempre a la lesión de los derechos de la personalidad. Ante una actual tendencia jurisprudencial mayoritaria que en España repara, de modo indiscriminado, el daño moral contractual, se proponen dos criterios que permiten precisar en qué casos tal daño puede ser objeto de reparación: la previsibilidad del daño para el deudor y la gravedad del perjuicio.

Palabras clave: Reparación, daño moral, incumplimiento de contrato, contratación inmobiliaria

Abstract

The article analyses two traditional arguments which the spanish authors have maintained against the compensation for non-pecuniary loss in the Law of Contract: First, in the Civil Code the precepts about contractual liability refer only to pecuniary loss. Second, the classic concept of non pecuniary-loss, which is always connected to personality rights. This research makes a critical analysis to the main jurisprudential line on this subject, which allows compensation for non-pecuniary loss without any restriction. We propose two criteria: damages for non-pecuniary loss which result from breach of contract can be compensated only if they are important and foreseeable for the debtor.

Key words: Compensation, non-pecuniary loss, breach of contract, real state contracts.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Del mismo modo que no tiene sentido discutir hoy en día, con carácter general, la conveniencia de la reparación del daño moral, tampoco tiene el menor sentido una tendencia jurisprudencial actual, sin duda mayoritaria, que admite sin ninguna matización la reparación del daño moral ocasionado a raíz del incumplimiento del contrato¹. Así como el Tribunal Supremo español se encarga muy pronto de afirmar el resarcimiento del daño moral en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, sin duda apoyándose en el amplio tenor literal del artículo 1902 del Código Civil ("*El que por acción u omisión causa daño a otro, está obligado a reparar el daño causado*")², en el ámbito de la responsabilidad civil contractual no se produce el reconocimiento de la reparación del daño moral hasta mucho más tarde, en concreto hasta la STS de 9 de mayo de 1984³. Los hechos son los siguientes: D. Alfonso Serra Barbiera demanda a la Compañía Telefónica, ya que, en su guía de 1977, omite su nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono. Estos datos constan ya en todas las guías de la provincia de Lérida desde 1960, año en el que el luego demandante firma con la compañía un contrato de suplemento publicitario. La omisión es corregida en las guías de los años posteriores a 1977. D. Alfonso solicita

¹ El Código Civil español de 1889 no se pronuncia, de forma explícita al menos, sobre la polémica decimonónica existente en Europa, que se inicia en Francia y luego se extiende a otros países, acerca de la conveniencia de la reparación pecuniaria del perjuicio moral. Los detractores de tal reparación alegan en ese momento histórico, primero, que la reparación pecuniaria del daño moral es imperfecta; segundo, que la apreciación judicial del daño moral es arbitraria y, por último, que la indemnización de valores tan sagrados supone un cierto comercio de la persona. Véase sobre tales objeciones BAUDRY-LACANTINERIE, G. et BARDE, L. (1915). *Trattato Teorico-Pratico*, Vol. IV (p. 582). Milano: Dottor Francesco Vallardi.

² Se trata de la famosa STS de 6 de diciembre de 1912 (*Colección Legislativa*, Jurisprudencia Civil, núm. 95), que, además de reconocer la indemnización del daño moral, admite por primera vez la indemnización del derecho al honor de una joven, vulnerado por la publicación en *El Liberal*, uno de los periódicos más populares de la época, de la noticia falsa acerca de la fuga de dicha joven con un fraile capuchino del que se decía además que había tenido sucesión. Véase DÍEZ-PICAZO, L. (1979). "Comentario a la STS 6.12.1912". *Estudios de Jurisprudencia Civil* Vol. I (pp. 110-112). Madrid: Técnos.

³ RJ 1984, 2403.

la indemnización de un millón de pesetas por los daños morales y la retirada de todas las guías telefónicas de la provincia de Lérida del citado año. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda condenando a la Compañía Telefónica al pago de la indemnización de la cantidad que se estableciera en ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial, por su parte, estima el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Telefónica, a la que absuelve. El demandante interpone recurso de casación y el Supremo ha lugar al mismo confirmando la sentencia de primera instancia. Argumenta el Supremo que aquí están en peligro «*la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela*». Desde luego dudo mucho de que aquí haya lesión del honor del abogado en su faceta profesional. No creo que en este supuesto la compañía demandada, con su comportamiento omisivo, esté imputando hechos o manifestando juicios de valor que se traduzcan en un menoscabo de su fama o en un atentado contra su propia estimación. Lo que sí es seguro es que aquí está en juego sobre todo un problema de lucro cesante. Al ser de difícil prueba el número de clientes perdidos y, por tanto, los ingresos dejados de obtener como consecuencia de la omisión negligente de la Compañía Telefónica, el Supremo recurre al camino más cómodo de indemnizar el daño moral, sin referirse de manera concreta al lucro cesante. La tendencia iniciada por esta resolución probablemente se apoya en una ampliación excesiva del concepto de daño moral que, en ocasiones tiene, como propósitos escondidos, o castigar al causante del daño, o evitar la prueba difícil de ciertos daños patrimoniales⁴. En cualquier caso pienso que una posible solución al actual problema de la indemnización del daño moral contractual pasa, no tanto por oponerse a su reparación, cuanto por la búsqueda de determinados criterios que supongan un freno a una aceptación indiscriminada de tal reparación.

Con el fin de seguir un cierto orden en la exposición, analizaré las dos objeciones tradicionales que se han esgrimido por la doctrina frente a la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento del contrato en general, perfectamente aplicables al ámbito de la contratación

⁴ DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de Daños* (pp. 102, 239-240 y 324). Madrid: Civitas.

inmobiliaria: La primera procede de la propia normativa del Código Civil reguladora de la responsabilidad civil contractual, puesto que parece que sus preceptos sólo se refieren, como daño indemnizable, al daño patrimonial. El segundo escollo, mucho más importante hoy en día, es el propio concepto de daño moral, perjuicio que siempre se ha relacionado con el ataque a bienes o derechos de la personalidad.

2. PRIMERA OBJECCIÓN A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL: NORMATIVA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

A la hora de analizar si el articulado del Código Civil español que regula la responsabilidad contractual permite, o al menos no se opone de forma radical, a la indemnización del daño moral es preciso detenerse en el artículo 1106 del texto legal, ya que este último precepto delimita los daños objeto de reparación desde la perspectiva de la naturaleza del daño: *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*. Por una parte, cuando García Goyena comenta el artículo 1015 del Proyecto de Código Civil de 1851 (proyecto que constituye el antecedente inmediato del actual Código español y que recoge el espíritu y las tradiciones jurídicas de nuestro país), se limita a señalar que la expresión *daños y perjuicios*, contenida en dicho precepto, se refiere tanto al daño emergente como al lucro cesante, pero que en la estimación de estos dos conceptos nunca debe entrar el precio de afección particular sino el común y corriente de la cosa (*“se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*)⁵. Por otra parte, parece que los redactores del Código Civil no pensaron en absoluto en la indemnización del daño moral, sólo en

⁵ GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil*, Tomo III (p. 50). Madrid: Imprenta de la sociedad Tipográfico-Editorial.

el patrimonial. Este precepto encierra, pues, tal y como ha sostenido la doctrina⁶, un concepto economicista del daño contractual, en el que en principio no encaja el daño moral, ya que la indemnización tiene como objetivo el reintegro de un patrimonio que ha sido lesionado, concebido el patrimonio como un conjunto de bienes materiales. De hecho, la doctrina y la jurisprudencia clásicas siempre han entendido que este artículo se refiere de forma exclusiva a los daños patrimoniales, movidos, por otra parte, por la lógica coherencia con el espíritu de los redactores del Código Civil⁷. Efectivamente, el artículo 1106 del Código español se inspira en el Código Civil francés, en concreto en su artículo 1149 (*“Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu’il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après”*). Cuentan Mazeaud (H. y L.) y Tunc que los redactores del *Code* eran hostiles a la reparación del daño moral contractual. La razón de tal hostilidad se debe a que Domat y Pothier, cuya opinión siguieron los redactores con fidelidad, se negaban de forma categórica a reparar el daño moral en el ámbito contractual en cuanto creían que se ajustaban en este punto al Derecho Romano⁸. En concreto, Domat propone el siguiente ejemplo: si se trata de la acción de garantía promovida por el comprador que ha sufrido evicción frente al vendedor de buena fe, a la hora de cuantificar la obligación de reparar de éste último, no deben tenerse en cuenta las consideraciones particulares que podrían haber hecho a la adquisición más preciosa para ese comprador, ya que el precio de las cosas no se fija por el especial afecto del comprador hacia las mismas sino por lo que los bienes valen para todas las personas indistintamente⁹. Domat

⁶ IGARTUA ARREGUI, F. (1984). Comentario a la STS 9.5.1984. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 5, p. 1637.

⁷ A título ejemplificativo, véase GAYOSO ARIAS, R. (1918). La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el positivo, *Revista de Derecho Privado*, Tomo V, N° 60, p. 330 y la STS 24.5.1947 (RJ 1947, 631).

⁸ MAZEAUD, H. et L. et TUNC, A. (1965). *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, Tomo Premier (p. 425). Paris: Éditions Montchrestien. Señala WIEACKER, F. (2000). *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna* (p. 324). Granada: Comares, que especialmente *Les Digestes de Pothier* han servido de fundamento para la dogmática del Derecho de Obligaciones del *Code Civil*, sobre todo en la última fase de la codificación.

⁹ DOMAT. (1777). *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel; le Droit Public et legum delectus*, Tome Premier (p. 395). Paris: Chez la Veuve Cavelier & Fils.

se funda para este análisis en ciertos textos romanos, sobre todo en el fragmento del D. 9, 2, 33, cuyo tenor literal podía llevar a entender que el Derecho Romano era contrario al resarcimiento del daño moral:

“Si mataste a mi esclavo, opino que no se ha de apreciar la afección, como si alguno hubiere matado a tu hijo natural, que tú quisieras estimarlo en mucho, sino en cuanto valiera para todos. También dice Sexto Pedio, que las cosas se aprecian no según la afección, ni la utilidad de cada cual, sino con arreglo a la común...”¹⁰.

Se ha sostenido que esta interpretación de Domat no es intencionada sino equivocada, ya que este autor tiene un conocimiento incompleto de los textos legales romanos¹¹. Prescinde de otros textos, como los del Bajo Imperio, que sí tienen en cuenta el valor de afección en la evaluación del daño ocasionado por el incumplimiento de contratos de buena fe y que demuestran que, al menos en cierta época, el Derecho Romano sí conoce un principio de reparación del daño moral derivado de contrato¹². Esta equivocada comprensión del Derecho Romano por Domat es transmitida

¹⁰ GARCÍA DEL CORRAL, I.L. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Primera Parte, Tomo 1º (p. 585). Valladolid: Lex Nova. El texto latino es el siguiente: “*Paulus libro secundo ad Plautium. Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*”.. Véase tal texto en KRUEGER, P. (1988). *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Primum, Institutiones, Digesta (p. 161). Hildesheim: Weidmann.

¹¹ MAZEAUD, H. et L. et TUNC, A. (1965), *op. cit.*, p. 398 y 425.

¹² DOMÍNGUEZ HIDALDO, C.A. (2000). *El daño moral*, Tomo I (p. 232). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Así lo demuestra el siguiente texto de *Papiniano*, en D.17, 1, 54: “*Cuando un esclavo manda a un extraño que lo compre, es nulo el mandato. Pero si el mandato medió para esto, para que el esclavo fuese manumitido, y no lo hubiere manumitido, el señor obtendrá como vendedor el precio, y por razón de afecto ejercitará la acción de mandato; supón que era hijo natural o hermano, porque pareció bien a los jurisconsultos, que en los juicios de buena fe, deba tenerse en cuenta el afecto*” [...] Tal traducción en GARCÍA DEL CORRAL, I.L. (1988), *op. cit.*, p. 864. El texto latino es el siguiente: “*Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse (<placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam>)*”. Véase KRUEGER, P. (1988), *op.cit.*, p. 254.

a otros insignes juristas del Derecho Antiguo Francés, como Pothier, que exige un interés pecuniario por parte del acreedor como presupuesto necesario para la reparación de los perjuicios¹³.

Pero, ¿cabe una interpretación actual del artículo 1106 del Código Civil español que permita incluir el daño moral dentro de su tenor? Nuestro Código Civil se ubica dentro del Liberalismo, y ello explica en buena medida el espíritu economicista del Derecho de Obligaciones, pensado sobre todo para regular las relaciones entre particulares con proyección económica. La Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 busca, por el contrario, una protección íntegra de la persona, tanto de su esfera personal como económica, y a la luz de la misma ha de releerse el ordenamiento jurídico y, por tanto, también las normas del Código Civil reguladoras del Derecho de Obligaciones y Contratos. En concreto, cuando el Código Civil ordena indemnizar la pérdida derivada del incumplimiento de un contrato, ha de entenderse comprendido en la actualidad tanto la reparación del daño causado al patrimonio como el causado a la persona misma, es decir, a sus ámbitos físico y psíquico¹⁴. Pero además hay otros argumentos que pueden citarse a favor de una nueva lectura del artículo 1106 del Código Civil que facilitan la incorporación al mismo del daño moral: Primero, los términos generales y amplios utilizados por el precepto, tanto la palabra daño como pérdida. Segundo, el objetivo del artículo 1106 no ha sido la exclusión de su ámbito del daño no patrimonial, sino que su objetivo ha sido dejar claro, frente a las dudas que surgen en la tradición precodificada, que el lucro cesante también se indemniza (“no sólo...sino también”)¹⁵. Tercero, no existen en nuestro ordenamiento preceptos como el artículo 2059 del Código italiano (“*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*”) o como el parágrafo 253 BGB en su redacción inicial (“*Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden*”).

¹³ POTHIER, R.J. (1974). *Traité des Obligations*, T. I y II (pp. 169-170). Barcelona: Banchs editor.

¹⁴ DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. (2000), *op. cit.*, pp. 83 y 220-223.

¹⁵ CARRASCO PERERA, A. (1989). “Comentario al artículo 1106 del Código Civil”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º (p. 669). Madrid: Edersa.

ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden"¹⁶), que limitan la indemnización del daño no patrimonial a los casos expresamente previstos por la ley¹⁷. Al carecer en nuestro ordenamiento de un precepto análogo a los citados artículos es posible admitir la indemnización del daño moral contractual aunque no haya una determinada norma del Código Civil que lo permita de forma explícita¹⁸.

¹⁶ La traducción al castellano es la siguiente: «Por razón de un daño que no es patrimonial sólo se puede solicitar indemnización en dinero en los casos previstos en la Ley». Véase LAMARCA MARQUÉS, A. (dir) (2008). *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil* (p. 79). Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

¹⁷ El principio de especialidad recogido en la redacción inicial del párrafo 253 BGB lleva consigo la inadmisión de la reparación del dolor cuando el fundamento de la demanda planteada es la responsabilidad civil contractual. Ello es así porque la regulación concreta del resarcimiento de los daños no patrimoniales se desarrolla de forma exclusiva en la parte dedicada a los actos ilícitos, y no en la Parte General de las Obligaciones, es decir, sólo se repara el daño moral en el marco de la responsabilidad civil extracontractual. Esta reticencia a indemnizar con carácter general el daño no patrimonial tiene su origen en una mala comprensión pandectista del Derecho Romano, en concreto, su origen se encuentra en Savigny y otros juristas de la Escuela Histórica que sostienen que el Derecho Romano requiere en toda obligación que el contenido de la prestación sea exclusivamente patrimonial y que el interés del acreedor sea también patrimonial. Véase MARKESINIS, S.B.; UNBERATH, H. and JOHNSTON, A. (2006). *The German Law of Contract. A Comparative Treatise* (p. 9). Oxford-Portland- Oregon: Hart Publishing.

¹⁸ No obstante, en el ordenamiento alemán se ha originado un cambio importante. La segunda ley alemana de modificación del Derecho de Daños de 19 de julio de 2002 (*Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*), aunque mantiene todavía el principio de especialidad en el párrafo 1º del párrafo 253 BGB, ha introducido, con la adición de un segundo párrafo al citado párrafo, un cambio en este panorama en cuanto parece suponer la ampliación de la indemnización del daño no patrimonial a otros ámbitos distintos a la responsabilidad civil extracontractual (*"Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden"*). La traducción al castellano es la siguiente: "Si por razón de una lesión corporal, a la salud, a la libertad o a la libertad sexual debe prestarse resarcimiento de un daño que no es patrimonial, puede exigirse una indemnización equitativa en dinero". Véase en LAMARCA MARQUÉS, A. (2008), *op. cit.*, p. 79. Esta novedad se desprende de la distinta ubicación que se da a la regulación del resarcimiento de los daños no patrimoniales, que ha pasado de su originaria posición en la normativa sobre la responsabilidad civil extracontractual al ámbito de la Parte General de las Obligaciones. Véase sobre el precepto HEINRICHS, H. (2008). § 253. *Bürgerliches Gesetzbuch*, Palandt (p. 301). München: Verlag C.H., Beck.

Como último argumento, es útil recordar que esta apertura a la reparación del daño moral contractual está presente en los diversos trabajos de modernización y unificación del futuro Derecho Europeo de Contratos. En primer lugar, los llamados *Principles of European Contract Law* (que son el fruto de un largo trabajo iniciado en los años ochenta por la Comisión sobre Derecho Contractual europeo bajo la presidencia del profesor Dr. Ole Lando) extienden la indemnización a los daños no patrimoniales derivados del incumplimiento contractual. En concreto, el artículo 9:501 (2) habla de *pérdida no pecuniaria* como partida indemnizable tras el incumplimiento del contrato, y en los comentarios doctrinales que acompañan al precepto se identifica esa *pérdida no pecuniaria* con el dolor y el sufrimiento, las molestias y la aflicción psíquica que surgen a raíz del incumplimiento¹⁹. Con un ámbito de aplicación no restringido a Europa, los Principios *Unidroit* sobre los Contratos Comerciales Internacionales (elaborados por el *International Institute for the Unification of Private Law* en 1994 y actualizados en 2004) establecen en su artículo 7.4.2 (1) y (2) que la parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento, y que tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional²⁰.

¹⁹ LANDO, O. y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law*, Parts I and II (p. 436). The Hague-London-Boston: Kluwer Law International. El texto del Article 9:501 (*Right to Damages*) es el siguiente:

(2) *The loss for which damages are recoverable includes:*

(a) *non-pecuniary loss; and*

(b) *future loss which is reasonably likely to occur.*

El ejemplo que se cita en el comentario del artículo citado es el siguiente: A reserva un paquete de vacaciones en la empresa B, que es una agencia de viajes. Tal paquete incluye una semana en una habitación espaciosa de un hotel de lujo y con cocina excelente. Al final la habitación es un tugurio nada limpio y la comida es espantosa. A tiene derecho a una indemnización por las molestias sufridas y la pérdida del disfrute. Aquí se trata de un supuesto no demasiado conflictivo, ya que el incumplimiento del contrato genera de modo directo un daño moral si se atiende a la finalidad de la prestación (tutela de un interés inmaterial como es el disfrute vacacional). Lo que no queda claro es si el artículo 9:501 (2) admite la indemnización del daño moral en todo caso de incumplimiento contractual. Por ejemplo, en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Véase la versión en castellano de los principios en DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M. (2002). *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid: Civitas

²⁰ <http://www.unidroit.org> (fecha de consulta: 29.7.2008).

Desde luego puede decirse, sin ninguna duda, que el ejemplo de daño moral que aparece mencionado de modo específico en el artículo 7.4.2 (2), esto es, el sufrimiento físico y la angustia emocional, no constituye una expresión, ni acertada ni conciliadora, con el ámbito propio de la contratación internacional y del mundo empresarial²¹. Por último, el Borrador de Marco Común de Referencia, texto de carácter académico cuya elaboración por un grupo de científicos prevé la Comisión Europea en el año 2003 y que acaba de salir a la luz pública en forma de libro en el año 2008, recoge en su Libro III, capítulo 3, sección 7 III.-3:701, que el acreedor puede reclamar por el incumplimiento contractual daños no patrimoniales, que incluyen “*pain and suffering and impairment of the quality of life*”²².

3. SEGUNDA OBJECCIÓN A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL: EL PROPIO CONCEPTO DE DAÑO MORAL

La segunda objeción a la reparación del daño moral contractual, que merece un mayor detenimiento, ha sido y es el propio concepto de daño moral.

3.1. Tesis doctrinal que mantiene un concepto estricto de daño moral

Hay una primera dirección doctrinal que mantiene un concepto estricto de daño moral, de manera que éste queda restringido a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísico resultantes de lesiones a derechos de la personalidad²³. Para los partidarios de esta tesis no se indemnizan

²¹ Al respecto consúltese el libro de BONELL, M.J. (2002). *I principi Unidroit nella Pratica, Casistica e Bibliografia riguardanti i Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali* (p. 396). Milano: Giuffré Editore.

²² Véase STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). (2008). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (p. 169). München: Sellier. En el momento actual el DCFR se ha convertido en el centro del debate acerca del Derecho Contractual europeo y otros ámbitos del Derecho Privado europeo.

²³ DÍEZ-PICAZO, L. (1999), *op. cit.*, pp. 328-329.

como regla general los daños morales contractuales, ya que es poco frecuente que los incumplimientos de contratos lleven consigo la vulneración de derechos de la personalidad del acreedor. Si trasladamos estas conclusiones al ámbito de la contratación inmobiliaria, resulta muy complicado encontrar muchas hipótesis de daños morales derivados de la lesión de un derecho de la personalidad del adquirente del inmueble por el incumplimiento del contrato por parte de un agente de la edificación, salvo, por ejemplo, los perjuicios morales consecuencia de la lesión de la integridad física sufrida por tal adquirente a causa de los defectos edificatorios. Desde luego lo que nunca podría admitirse por artificioso es que el incumplimiento de un contrato inmobiliario (por ejemplo, que supusiera la privación de la vivienda al adquirente, de forma temporal o permanente, o por un vicio constructivo o por embargo de aquella por insolvencia del promotor) pueda ocasionar la violación de un derecho de la personalidad del adquirente, en concreto, de la inviolabilidad del domicilio, del derecho a la intimidad personal o familiar o del derecho al libre desarrollo de la personalidad, argumentando que la vivienda es un ámbito en el cual se ejercitan tales derechos.

Hay una sentencia en el ámbito de la construcción representativa de esta corriente doctrinal; se trata de la STS de 31.10.2002²⁴. Una empresa de actividades turísticas sita en Canarias alega la producción de ruina funcional al amparo del artículo 1591 del Código Civil²⁵ ante las fil-

²⁴ (RJ 2002, 9736). Cabe citar varios comentarios a la misma, uno muy exhaustivo de MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J. (2003). "Comentario a la STS 31.10.2002". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, pp. 245-269, otro de GARCÍA MUÑOZ, O. (2003). Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales, *InDret* 2/2003, pp. 1-5, <http://www.indret.com> (fecha de consulta: 29.7.2008) y, por último, mis reflexiones a propósito de tal resolución RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2003). Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual (a propósito de la STS 31.10.2002), *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, pp. 829-848.

²⁵ "El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que se concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años".

traciones y humedades causadas por la mala impermeabilización de la edificación consistente en apartamentos turísticos, y reclama que se realicen tales obras de impermeabilización aún pendientes, que se le indemnicen los daños y perjuicios materiales por valor de 5.719.372 pesetas y, por último, que se le indemnice también por el lucro cesante y los daños morales. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda presentada y absuelve al contratista. La sentencia de la Audiencia Provincial, revocando la resolución dictada en primera instancia, declara probada la ruina en sentido amplio, en cuanto los desperfectos hacen inútil la cosa para la finalidad que le es propia, y declara probado que tales desperfectos son consecuencia de una incorrecta impermeabilización. Condena al contratista a que indemnice a la actora-apelante la cantidad de 5.719.372 pesetas por las reparaciones efectuadas por la misma y la cantidad global de 5.480.000 pesetas en concepto de lucro cesante y daños morales, condenando también a la demandada a que realice a su costa las obras de impermeabilización aún pendientes de hacer. Frente a esta sentencia la constructora demandada interpone recurso de casación. El Supremo ha lugar al recurso de casación y casa y anula la sentencia de la Audiencia en el sentido único de eliminar la condena de 5.480.000 pesetas en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora y sustituirla por la condena de 1.980.000 pesetas como lucro cesante, absolviendo a la constructora en cuanto a la reparación del daño moral.

Esta resolución considera que la solución a la cuestión de la reparación del daño moral contractual coincide, en esencia, con una revisión del concepto de daño moral, en cuanto mantiene que éste es *“claro y estricto; no comprende aspectos del daño material”* y que *“hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona”*. Es difícil no compartir la postura del Supremo en cuanto deniega la indemnización del daño moral al no existir en este supuesto concreto tal lesión de un derecho de la personalidad del acreedor. Quizá pudiera pensarse que está en juego el crédito profesional de la sociedad de actividades turísticas que pretendía vender o alquilar a turistas unos apartamentos y que no cumple sus compromisos al resultar aquellos inservibles para el uso al que iban destinados. Pero desde luego los hechos recogidos en la resolución no permiten extraer la existencia del

descrédito. Cabría preguntarse si detrás de la negativa a indemnizar los daños morales no estaría además el hecho de que la demandante de la indemnización sea una persona jurídica²⁶, o incluso el hecho de que la demandante no sea un mero adquirente de un inmueble para vivienda sino un adquirente para fines comerciales²⁷.

Desde luego esta postura es elogiada en cuanto supone un freno a una aceptación indiscriminada de la reparación del daño moral contractual. Ahora bien, no sé si la adopción de un concepto estricto de daño moral es el camino más adecuado para ello. En este sentido, cabe hacer ciertas objeciones a esta tesis doctrinal. Por una parte, resulta difícil de identificar todos los bienes dignos de protección cuya lesión puede generar el deber de indemnizar; el concepto de derecho de la personalidad no está bien definido y sin duda hoy en día se confunde con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1978²⁸. Segundo, si

²⁶ Desde luego el concepto clásico de daño moral en cuanto sufrimiento físico o psíquico no es fácilmente conciliable con el de persona jurídica. Ahora bien, no faltan pronunciamientos judiciales en la actualidad que reconocen daños morales en las personas jurídicas y que sin duda suponen otra manifestación de esta ampliación jurisprudencial del concepto de daño moral. Ejemplos de ello son la STC 139/1995 de 26 de septiembre, primera que admite la titularidad del derecho al honor del artículo 18.1 de la Constitución española a una sociedad mercantil [RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (1996). El derecho al honor de las personas jurídicas (A propósito de la STC 139/1995 de 26 de septiembre). *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, pp. 801-817], y la STS 20.2.2002 (RJ 2002, 3501). GÓMEZ POMAR, F. (2002). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas. *InDret* 4/2002, p. 5, <http://www.indret.com> (fecha de consulta: 29.7.2008), apunta cómo la figura del daño moral es utilizada por la jurisprudencia, en el caso de las personas jurídicas, para eludir la prueba del lucro cesante –que para él es el realmente generado en estos supuestos–, es decir, para evitar tener que probar un daño patrimonial difícilmente evaluable.

²⁷ Ya en otra ocasión deniega el Supremo la indemnización del daño moral causado en la construcción a una persona jurídica, en concreto a la sociedad promotora, entendiendo que no se habían acreditado los daños morales y no se había probado el desprestigio público de la misma. Véase la STS 20.3.1991 (RJ 1991, 2419).

²⁸ LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M. (2006). Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas. *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Tomo II (p. 1716). Valencia: Tirant lo Blanch, vaticina que poner el acento en la lesión de los derechos de la personalidad no va a contribuir a la reducción de las indemnizaciones concedidas en concepto de daño moral, sino más bien a la degradación del concepto de derecho de la personalidad, ya que al final todos los

sólo han de repararse los daños morales que derivan de la lesión de derechos de la personalidad se quedan sin protección otros intereses, que no pueden reconducirse en sentido estricto a esta figura jurídica, pero que son considerados dignos de tutela jurídica en nuestra sociedad actual (por ejemplo, el tiempo de ocio o la vivienda). Tercero, no hay en nuestro ordenamiento un sistema de reparación basado en la lesión de derechos subjetivos. En la norma básica reguladora de la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1902 del Código Civil) no existe una lista de intereses tutelados a partir de la cual pueda ligarse la producción de un daño moral con la lesión de ciertos intereses extrapatrimoniales.

3.2. Tesis doctrinal que mantiene de forma exclusiva un concepto amplio de daño moral

Hay una segunda posición, que está presente en muchas de las actuales resoluciones del Tribunal Supremo que resuelven peticiones de reparación del daño moral contractual, consistente en la adopción exclusiva de un concepto amplio de daño moral. Así, daños morales son aquellos perjuicios de naturaleza no patrimonial que resultan de la lesión de cualquier interés jurídico, tanto si éste posee naturaleza patrimonial como si no es así ²⁹.

Entiendo que en principio una vía más adecuada es la adopción de un concepto amplio de daño moral, entre otras razones, porque, como he indicado ya antes, en ocasiones conviene tutelar ciertos intereses no

padecimientos de una persona pueden ser traducidos como lesión de su derecho a la integridad física y moral, honor, intimidad personal, libertad ideológica, o dignidad.

²⁹ En este sentido la STS 25.6.1984 (RJ 1984, 1145), en un caso en que se demanda responsabilidad extracontractual por la ruina de un edificio causada por las excavaciones hechas en una finca colindante, ejemplifica perfectamente tal concepción: "...II) La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta sala; III) Así, actualmente, predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona propietario etc)...".

materiales lesionados por el incumplimiento de un contrato que, aunque no puedan calificarse como derechos de la personalidad en sentido estricto, han de considerarse relevantes a la luz de las convicciones sociales dominantes. Cuando hay un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato inmobiliario, se lesiona, junto al interés material, un interés personal relevante del adquirente, que es el disfrute psicológico a disponer de un inmueble en las condiciones pactadas, o dicho de otra forma, la satisfacción moral de disponer de una edificación que cumpla sus expectativas. Pero la adopción exclusiva de un concepto amplio de daño moral, sin exigir ningún otro requisito añadido para su reparación en el ámbito contractual, tiene consecuencias inaceptables: lleva a indemnizar de forma automática, en todo caso, todo perjuicio no patrimonial que derive del incumplimiento de un contrato. Entre otros motivos, porque siempre cabe mantener la existencia de un cierto daño moral tras el incumplimiento de un contrato, aunque sólo sea porque, cuando el deudor incumple, el acreedor como mínimo experimenta un disgusto o una intranquilidad, puesto que tenía unas expectativas claras que resultan frustradas³⁰.

3.3. Tesis doctrinal que, desde un concepto amplio de daño moral, propone límites a la indemnización del daño moral contractual

Tomando como punto de partida, pues, la adopción de un concepto amplio de daño moral, estimo conveniente señalar, al menos dos criterios, que permiten marcar ciertos límites a tal indemnización: por una parte, la aplicación del artículo 1107 del Código Civil (que se ocupa de

³⁰ IGARTUA ARREGUI, F. (1984), *op. cit.*, p. 1642. Desde luego la adopción de un concepto amplio de daño moral no es la única causa de esta aceptación indiscriminada por parte de la jurisprudencia de la reparación del daño moral contractual; a ello ha de añadirse la relajación de la carga de la prueba de los daños sufridos y la presunción de que éstos existen una vez producido el incumplimiento contractual (quiebra, por tanto, del principio de que “*el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar*”). Véase al respecto PARRA LUCÁN, M.A. (1994). Comentario a la STS 15.2.1994. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, p. 587.

la extensión del daño resarcible, delimitando, pues, los daños desde el punto de vista cuantitativo³¹) y, por otra, la exigencia de que el daño moral sea de una cierta entidad. Respecto al artículo 1107, son muchas las opiniones doctrinales que estiman oportuno el juego del precepto en la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual³². Ello implica plantearse si el daño moral que sufre el acreedor, resultante del incumplimiento, era o no previsible para el deudor que incumple. Es decir, es preciso preguntarse si el interés no patrimonial del acreedor se ha incorporado al contrato, de manera que el deudor asume el riesgo de tener que reparar ese interés en caso de incumplimiento por su parte. Entrando de lleno ya en el incumplimiento en el ámbito de la contratación inmobiliaria, parece claro que este tipo de contratos no están destinados de forma principal a proporcionar satisfacción moral al adquirente del inmueble (al revés de lo que ocurre, por ejemplo, en un contrato de viaje combinado), sino que se dirigen a satisfacer en primer lugar un interés patrimonial del contratante; de manera que cuando el agente de la edificación incumple el contrato sólo de forma indirecta vulnera un interés no patrimonial. Tal interés no patrimonial puede concretarse en la satisfacción moral o en el disfrute psicológico que le supone al adquirente disponer de una vivienda en las condiciones pactadas, condiciones que van desde la entrega en la fecha programada hasta la entrega del inmueble con las condiciones de seguridad y habitabilidad pactadas³³. Sin duda tal satisfacción moral ha sido incorporada al contrato, o bien por medio del principio

³¹ El tenor literal del precepto es el siguiente: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

³² Por todos, DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II (p. 793). Madrid: Civitas.

³³ MESA MARRERO, C. (2001). “El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por los vicios constructivos”. *Aranzadi Civil*, Vol. II, pp. 2355-2356.

³⁴ “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

de la buena fe del artículo 1258 del Código Civil³⁴ o bien a través de la integración del contrato con la publicidad. En este sentido destaca López Fernández que la publicidad en los contratos celebrados con consumidores ya no se limita simplemente a la alabanza de la calidad de los productos sino sobre todo a ensalzar el disfrute o la felicidad que produce su utilización³⁵.

Pero en mi opinión no basta para concluir la reparación del daño moral del acreedor que éste sea previsible para el deudor, hay además que analizar si estamos ante un daño moral de cierta entidad. Por ejemplo, la insatisfacción sufrida por el cliente que había contratado un viaje combinado porque el hotel donde se aloja no le sirve el desayuno diario, puede ser previsible para el organizador, pero realmente cabría discutir si ante un defecto tan leve el daño moral debe indemnizarse. El criterio de la importancia o gravedad del daño moral contractual para concluir su reparación, que es manejado por nuestra jurisprudencia a la hora de resolver algunos casos, ha de determinarse teniendo en cuenta, o bien las circunstancias del caso³⁶, o bien el tipo de incumplimiento que se haya producido, de manera que el daño moral se repararía sólo cuando hay un incumplimiento total o gravemente defectuoso, entre otras cosas, porque será difícil acreditar un daño moral ocasionado

³⁵ LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M. (2006), *op. cit.*, p. 1734. A su juicio, por ejemplo, el promotor de la vivienda es un profesional que conoce a la perfección la importancia que su producto tiene para la satisfacción de los intereses morales de sus posibles compradores, y tanto la información previa como la publicidad que preceden a la venta de viviendas resaltan la calidad de vida que el producto está llamado a satisfacer a los clientes.

³⁶ La STS 28.3.2005 (RJ 2005, 2614) condena a una entidad bancaria a indemnizar los daños morales sufridos por un cliente con el que había celebrado un contrato de cambio por el que se le entrega la cantidad de 600 dólares en seis billetes de cien dólares, que resultan ser falsos. Las circunstancias del caso son realmente graves: el cliente viaja poco después a EEUU y cuando intenta abrir una cuenta corriente en un banco americano, junto a su compañera sentimental, dos agentes del Cuerpo del Tesoro se presentan en la entidad, les detienen y les interrogan en público. Les llevan al Departamento del Tesoro, les registran, les fotografían, les toman las huellas y los datos personales. Sólo quedan en libertad cuando muestran el resguardo de la adquisición de los dólares en la entidad bancaria española. Véase mi comentario a tal resolución RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2006). Indemnización del daño moral contractual (Comentario a la STS 28.3.2005). *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 16, pp. 277-285. Un caso paralelo es la STS 17.2.2005 (RJ 2005, 1679).

por un defecto leve³⁷. No sólo la jurisprudencia española utiliza este criterio, sino que también en el *Common Law* hay un grupo de casos en que los tribunales conceden la reparación de los sufrimientos derivados del incumplimiento contractual, siempre que tal incumplimiento lleve consigo para el demandante una “*physical inconvenience and discomfort*”, por ejemplo, se indemniza al actor por las incomodidades y molestias ocasionadas por una defectuosa instalación de un sistema de protección frente a la humedad que había realizado el demandado en su hogar³⁸.

Por último, quisiera concretar, en el ámbito de la contratación inmobiliaria, las anteriores conclusiones, pero sin ningún afán exhaustivo. Pueden distinguirse, por una parte, los incumplimientos contractuales que llevan consigo la privación del inmueble al adquirente y, por otra parte, los incumplimientos contractuales que no suponen tal privación. Comenzando por el primer bloque, es indudable que en los casos de privación de la edificación, además de estar ante un incumplimiento grave que daña el interés no patrimonial del adquirente a disfrutar desde un punto de vista psicológico de un inmueble que había adquirido, nos encontramos ante unas molestias excepcionales, como es la inconveniencia de buscar una nueva vivienda (que aumenta, por ejemplo, si se trata de una familia con hijos, con personas mayores o enfermos). Un primer supuesto de privación del inmueble es el del comprador de una vivienda sobre plano en caso de embargo de la misma por insolvencia del promotor. Con independencia de que el

³⁷ En este sentido GÓMEZ CALLE, E. (1998). *El contrato de viaje combinado* (p. 25). Madrid: Civitas. Un ejemplo claro es la STS 31.5.2000 (RJ 2000, 5089), en la que un viajero reclama una indemnización por los daños morales sufridos a causa del retraso de ocho horas por parte de la compañía aérea. La resolución, aunque considera indemnizable la aflicción producida en un retraso aéreo, exige que la aflicción sea de cierta entidad, aunque no especifica cuál es la entidad que debe tener la aflicción para constituir un daño moral reparable. Aquí se dan varios requisitos para entender que estamos ante un cumplimiento defectuoso grave: el retraso no está justificado (se debe a un interés particular de la compañía aérea) y además es importante por el número de horas. Se trataba, además, de la vuelta de un viaje de novios y hay pérdida de un día de trabajo. Véase el comentario a la misma de ESPIAU ESPIAU, S. (2000). Comentario a la STS 31.5.2000. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 54, pp. 1277-1288.

³⁸ MCGREGOR, H. (1997). *McGregor on Damages* (pp. 54 ss). London: Sweet & Maxwell Limited.

comprador pueda recuperar las cantidades anticipadas, creo que han de indemnizársele los daños morales que, sin duda sufre, derivados de la frustración de sus ilusiones de obtener una vivienda. Un segundo ejemplo de privación de vivienda al adquirente son los casos de ruina física o derrumbamiento total o parcial del inmueble. La doctrina no tiene la menor duda de que también aquí los daños morales deben ser indemnizados; es evidente el sufrimiento, la angustia y la frustración que causa el hecho de tener que abandonar de modo forzoso la vivienda propia a causa de la ruina³⁹. En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia: así, por ejemplo, la STS 22.11.1997 (...“hubo de procederse, consecuencia del incremento de los vicios constructivos que afectaban al edificio, a su desalojo, con los consiguientes quebrantos, no sólo económicos, sino morales, para los propietarios ocupantes, que adquirieron los pisos para que les sirvieran de morada segura y no sometida a las consecuencias negativas de una defectuosa construcción”) (fundamento 3º)⁴⁰.

Si nos adentramos ya en el segundo bloque de incumplimientos por parte del agente de la edificación que no lleva consigo la privación o el abandono de la vivienda por el adquirente, ya las cosas no resultan tan claras. Creo que habría que ir caso por caso. Me inclino por pensar que sí que deben ser reparados, como regla general, los daños morales derivados de incumplimientos consistentes en vicios o defectos de habitabilidad, los antiguamente denominados ruina funcional, que provocan la inadecuación o inutilidad de la edificación para servir al destino y a la finalidad para la que se construye. Qué duda cabe que también aquí existe una lesión de la expectativa del perjudicado a disfrutar, desde el punto de vista moral, de un bien que debía haberse construido, de modo correcto, esto es, para ser habitable y que, por tanto, han de repararse las molestias e incomodidades sufridas por el titular del inmueble que ha

³⁹ En este sentido BECH SERRAT, J.M. (2006). “Comentario a la STS 7.3.2005”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, pp. 213-216 y MESA MARRERO, C. (2001), *op. cit.*, p. 2356.

⁴⁰ RJ 1997, 8097. También las SSTS 31.5.1983 y 26.11.2001 (RJ 1983, 2956 y RJ 2001, 9524)

⁴¹ En este sentido MESA MARRERO, C. (2001), *op. cit.*, p. 2356. En contra BECH SERRAT, J.M. (2006), *op. cit.*, p. 218.

de vivir en él con humedades, o las molestias que le ocasiona soportar las obras precisas para que se reparen tales vicios de habitabilidad⁴¹.

Podrían también ser objeto de reparación los daños sufridos por el adquirente en algunos, no en todos, supuestos de entrega de la vivienda en que la configuración final del inmueble difiera de la pactada. Por ejemplo, casos de defecto de cabida, cuando tal defecto fuera de una cierta entidad⁴². O los casos en que el cumplimiento defectuoso consiste en la entrega tardía de la vivienda, siempre y cuando el plazo de tiempo de retraso sea importante. De nuevo en ambos supuestos, tanto en la entrega tardía como en los defectos de cabida, está en juego la satisfacción moral de disponer de una edificación que cumpla las expectativas del adquirente, que coincida con las condiciones pactadas.

Por último, la respuesta en principio ha de ser contraria a la reparación de los daños morales del adquirente en aquellos incumplimientos que consistan en defectos de terminación o acabado de las obras. Cuando estamos ante deficiencias superficiales o simples imperfecciones indudablemente han de repararse los daños materiales generados, pero no los morales ya que el perjuicio es de poca entidad⁴³. En este sentido se pronuncia con acierto la STS 7.3.2005⁴⁴, que no estima indemnizables las molestias sufridas por el propietario de una vivienda que le ha sido entregada por el promotor con defectos estéticos en los cuartos de baño (cuarteo de los azulejos y colocación deficiente de éstos), pero que no impiden su uso.

⁴² En este sentido podrían ser útiles, para determinar la entidad del defecto de cabida, las normas del Código Civil reguladoras del contrato de compraventa, en concreto el artículo 1469. Si la diferencia entre la cabida real del inmueble y la pactada es más del 10% permite el precepto que el comprador opte entre una rebaja proporcional del precio y la resolución de contrato; la razón de tal opción radica en que en este caso estamos ante un defecto de cabida de cierta importancia. La STS 12.7.1999 (RJ 1999, 4770), en la que la compradora pide la resolución del contrato de compraventa de una vivienda adquirida con un defecto de cabida de doce metros cuadrados, no ha lugar al recurso de casación de la demandada interpuesto, entre otros motivos, contra la sentencia de instancia que la condena a pagar a la compradora un millón de pesetas por daños morales. Realmente aquí el Supremo no tiene tanto en cuenta, a la hora de reparar los daños morales sufridos por la compradora, la importancia de éstos cuanto la adopción de un concepto amplio de daño moral.

⁴³ De la misma opinión MESA MARRERO, C. (2001), *op. cit.*, p. 2356.

⁴⁴ RJ 2005, 2214.

Referencias

- BAUDRY-LACANTINERIE, G. & BARDE, L. (1915). *Trattato Teorico-Pratico*, Vol. IV. Milano: Dottor Francesco Vallardi.
- BECH SERRAT, J.M. (2006). Comentario a la STS 7.3.2005. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 70, 203-220.
- BONELL, M.J. (2002). *I principi Unidroit nella Pratica, Casistica e Bibliografia riguardanti i Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*. Milano: Giuffré Editore.
- CARRASCO PERERA, A. (1989). Comentario al artículo 1106 del Código Civil. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º (pp. 669-709). Madrid: Edersa.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol II. Madrid: Civitas; (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas; y (1979). Comentario a la STS 6.12.1912. *Estudios de Jurisprudencia Civil*, Vol. I (pp. 110-112). Madrid: Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. & MORALES MORENO, A.M. (2002). *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid: Civitas.
- DOMAT, (1777). *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel; le Droit Public et legum delectus*, Tome Premier. Paris: Chez la Veuve Cavelier & Fils.
- DOMÍNGUEZ HIDALDO, C.A. (2000). *El daño moral*, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- ESPIAU ESPIAU, S. (2000). Comentario a la STS 31.5.2000. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54, 1277-1288.
- GARCÍA DEL CORRAL, I.L. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Primera Parte, Tomo 1º. Valladolid: Lex Nova.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, Tomo III. Madrid: Imprenta de la sociedad Tipográfico-Editorial.
- GARCÍA MUÑOZ, O. (2003). Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales. *InDret*, 2, 1-5. Disponible en: <http://www.indret.com>
- GAYOSO ARIAS, R. (1918). La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el positivo. *Revista de Derecho Privado*, Tomo V, (60), 324-331
- GÓMEZ CALLE, E. (1998). *El contrato de viaje combinado*. Madrid: Civitas.
- GÓMEZ POMAR, F. (2002). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas. *InDret*, 4, 1-5. Disponible en: <http://www.indret.com>
- HEINRICHS, H. (2008). § 253. *Bürgerliches Gesetzbuch*, Palandt (pp. 301-304). München: Verlag C.H., Beck.
- IGARTUA ARREGUI, F. (1984). Comentario a la STS 9.5.1984. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5, 1636-1644.

- KRUEGER, P. (1988). *Corpus Iuris Civilis, Institutiones, Digesta*. Hildesheim: Weidmann.
- LAMARCA MARQUÉS (Dir.) (2008). *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- LANDO, O. & BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law*, Parts I and II. The Hague-London-Boston: Kluwer Law International.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M. (2006). Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas. *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II (pp. 1715-1738). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARKESINIS, S.B., UNBERATH, H. & JOHNSTON, A. (2006). *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*. Oxford-Portland- Oregon: Hart Publishing.
- McGREGOR, H. (1997). *McGregor on Damages*. London: Sweet & Maxwell Limited.
- MARTÍN CASALS, M. & SOLÉ FELIÚ, J. (2003). Comentario a la STS 31.10.2002. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 61, 245-269.
- MAZEAUD, H. et L. & TUNC, A. (1965). *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, Tomo Premier. Paris: Éditions Montchrestien.
- MESAMARRERO, C. (2001). El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por los vicios constructivos. *Aranzadi Civil*, II, 2337-2370.
- PARRA LUCÁN, M.A. (1994). Comentario a la STS 15.2.1994. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 35, 567-591.
- POTHIER, R.J. (1974). *Traité des Obligations*, Tomos I y II. Barcelona: Banchs editor.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. (2006). Indemnización del daño moral contractual (Comentario a la STS 28.3.2005). *Revista de Derecho Patrimonial*, 16, 277-285; (2003). Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual (a propósito de la STS 31.10.2002), *Anuario de Derecho Civil*, II, 829-848; y (1996). "El derecho al honor de las personas jurídicas (A propósito de la STC 139/1995 de 26 de septiembre)". *Anuario de Derecho Civil*, II, 801-817.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). (2008). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. München: Sellier.
- WIEACKER, F. (2000). *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Granada: Comares.