

Daño Moral

Fernando Gómez Pomar

Sumario

I. Análisis económico

- Daño patrimonial y daño moral: las razones de la diferencia
- Indemnización por daño moral y seguro óptimo
- La divergencia entre la cantidad que el causante de daños morales debería pagar y la que su víctima debería recibir

II. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

- Las penas con pan...
- Sexo y daño moral
- Daño moral y sanción
- La confusión entre daño patrimonial y daño moral
- Sentencias del Tribunal Supremo

I

Análisis económico

• Daño patrimonial y daño moral: las razones de la diferencia

En economía, dañar es hacer disminuir la utilidad del individuo dañado. En derecho, se distingue entre daños patrimoniales y daños morales, una dualidad básica y que tiene importantes consecuencias legales. El análisis económico del derecho integra entonces los discursos de la economía y del derecho para elaborar una teoría fecunda y elegante de los daños morales que se expone a continuación.

En el marco de esta teoría, los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida:

- a) El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero.
- b) El daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar: todo el oro del mundo no basta para

reemplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetraplégico como consecuencia de un accidente.

Una representación gráfica y muy sencilla de ambas nociones puede obtenerse mediante la función de utilidad del dinero.

Las consecuencias de un daño patrimonial se dibujan en la figura 1, que muestra un movimiento hacia la izquierda a lo largo de la propia curva: el individuo dañado sufre un daño patrimonial de importe **D**, pero el abono de una cantidad de dinero **D** puede restablecer la utilidad perdida y volver a llevarle de **B** a **A**.

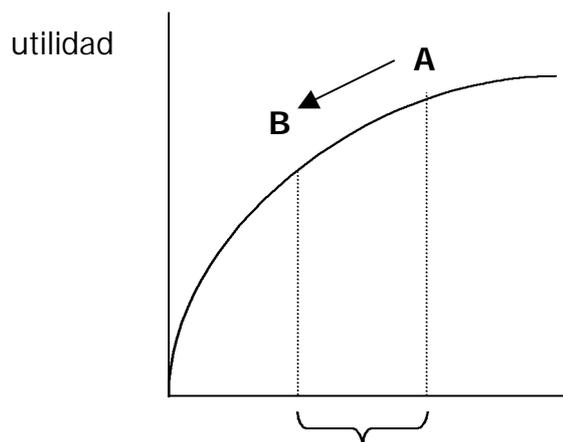


FIGURA 1 **D** dinero

Los efectos de un daño moral se representan en la figura 2 como un desplazamiento que se produce no a lo largo de la misma curva sino de una a otra que se sitúa más abajo. Obsérvese que el cambio no afecta a la cantidad de dinero disponible por el dañado, que sigue siendo la misma. Sucede, sin embargo, que la misma cantidad le vale menos, le rinde menos utilidad: en el ejemplo utilizado para ilustrar el concepto de daños moral, nuestro velocista inválido ya no puede disfrutar con la misma intensidad del dinero que no ha perdido.

Así, en la figura 1 la diferencia entre la utilidad **A** y la **B** es monetaria, de dinero. En cambio, en la figura 2 es de utilidad "pura".

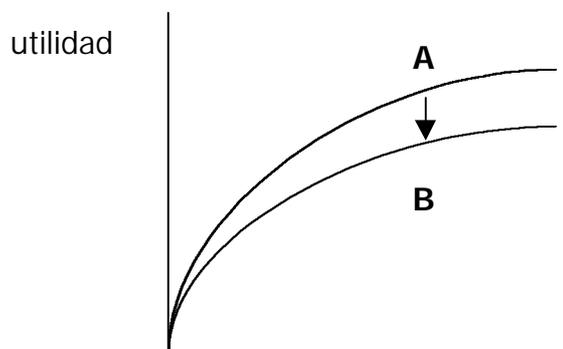


FIGURA 2 dinero

Por supuesto, un suceso dañoso puede provocar daños de ambas clases y es normal que así suceda; es decir, al mismo tiempo se producirán un movimiento hacia la izquierda y un desplazamiento hacia abajo de la función de utilidad de la víctima.

Volviendo a nuestro ejemplo del velocista accidentado que queda en una situación de extrema invalidez física, su gravísima lesión generará además y sin duda alguna daños patrimoniales cuantiosos: gastos médicos, farmacéuticos y de rehabilitación, pérdida de los ingresos derivados del ejercicio de su profesión, costes asociados a la necesidad de prótesis, instalaciones y atención médica permanentes, ayuda doméstica, adaptación de la vivienda, etc.

Sin embargo y desde el punto de vista de la víctima, las cosas nunca volverán a ser como antes del accidente: por más que todos los gastos y pérdidas patrimoniales hayan sido objeto de una compensación en dinero, la víctima no se verá restituida a la situación anterior al terrible accidente que sufrió. De estar en el caso, nadie diría que le es indiferente sufrir el accidente y ser compensado que no sufrirlo. La indemnización de los daños patrimoniales no basta para restaurar la situación de utilidad anterior al evento dañoso.

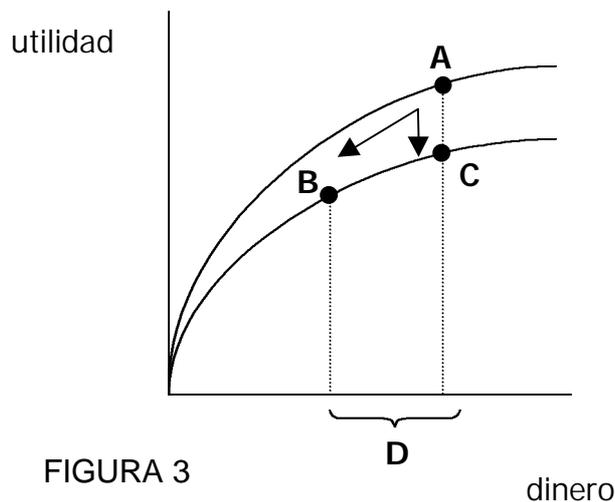


FIGURA 3

dinero

Lo anterior se aprecia fácilmente en la figura 3. Una indemnización dineraria de cuantía **D** deja a la víctima del daño con idéntica cantidad de dinero que tenía antes del accidente, pero el mismo dinero no le ofrece la misma utilidad. Después de haber sufrido el daño su función de utilidad ha cambiado y queda por debajo de la primitiva: la víctima recibe de su dinero una utilidad total menor de la que disfrutaba antes de sufrir el daño.

Entonces, la pregunta crucial del Derecho de daños en materia de daño moral es si la indemnización de daños y perjuicios debe servir para tratar de compensar esta pérdida de utilidad sufrida por la víctima de un daño moral, no patrimonial.

• **Indemnización por daño moral y seguro óptimo**

El análisis económico del Derecho ofrece respuestas claras a la pregunta anterior, y lo hace desde una perspectiva doble, pues tiene en cuenta los incentivos a la prevención

en la conducta del causante potencial del daño y el aseguramiento del riesgo por parte de aquéllos con aversión al mismo.

La teoría económica supone con carácter general que todos los individuos manifiestan, en principio, aversión al riesgo. De ahí que la función de utilidad del dinero sea cóncava, como se ha representado en las figuras 1, 2 y 3).

Hay que advertir que, de acuerdo con la teoría, el contenido socialmente óptimo de la norma jurídica básica sobre daños morales resulta sorprendente, al menos para los juristas habituados a los sistemas jurídicos reales.

En efecto, la prevención óptima exige que el causante de daños haga frente a una condena a indemnizar tanto los daños patrimoniales como el daño moral, toda vez que éste supone una disminución efectiva de la utilidad individual y, por tanto, una pérdida neta de bienestar social. La indemnización esperada deberá así coincidir con el daño socialmente esperado para que el mensaje –las señales– que el sistema jurídico envía a los agentes sociales les incentive a adoptar las precauciones socialmente óptimas. El causante, pues, debe pagar por el daño moral causado.

Sin embargo, el aseguramiento óptimo de la víctima requiere que ésta no reciba compensación alguna por el daño moral sufrido sino sólo y exclusivamente (aunque también: íntegramente) por los daños patrimoniales. ¿Por qué? Porque la indemnización del daño moral equivaldría a garantizar a la víctima un seguro cuyo precio –el importe de las primas– ésta no estaría dispuesta a pagar en prácticamente ningún caso: antes del accidente, la víctima potencial no se aseguraría contra el riesgo de sufrir un daño moral, pues un seguro de esta índole supondría transferir renta de un estado actual –de salud, por ej.– en el que el dinero se valora más a otro en el que se valora menos porque, por hipótesis, tras el accidente, el dinero rendirá menos utilidad que antes. Y ello bien porque el accidente, por sí mismo, puede acarrear una reducción de la utilidad marginal del dinero, bien por el carácter continuamente decreciente de esa función de utilidad marginal (en términos de representación gráfica, por la concavidad de la curva de utilidad marginal del dinero), dado que la compensación monetaria del daño patrimonial ya ha repuesto a la víctima en su dotación inicial de dinero.

Naturalmente, se puede objetar que una cosa es el contrato y las reglas del seguro privado y otra muy distinta las de la responsabilidad civil como parte del sistema jurídico. Sin embargo, desde la perspectiva del bienestar colectivo, la diferencia entre unas y otras, consideradas como mecanismos de traslación del riesgo, es instrumental, pero no conceptual: las dos regulaciones implican un seguro para las víctimas de daños. De ahí que el sistema jurídico no deba proporcionar una cobertura que la potencial víctima, actuando racionalmente, preferiría no cubrir.

La teoría explica por qué la gente no contrata seguros para hacer frente al dolor causado por la muerte de sus hijos o de sus abuelos. También y de manera un tanto perversa, contribuye a explicar por qué los hombres y mujeres jóvenes son reacios a ahorrar para afrontar su vejez, una época decisiva de la vida que suele ser menos placentera que la juventud o que la madurez. Aunque tal vez esto no sea sino una manifestación más de que dentro de cada uno de nosotros conviven en realidad distintos sujetos, con preferencias opuestas, y que se suceden en el tiempo (¿o acaso son simultáneas?): Richard POSNER, “Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy” , 3 Legal Theory 23.

Desde luego, el hecho de que la utilidad marginal del dinero aumente, se mantenga o disminuya tras un cierto evento dañoso es una cuestión empírica que no tiene una respuesta teórica general y uniforme. Sin embargo, es plausible entender que los accidentes más aptos para provocar daños morales –los que producen daños corporales graves e irreversibles, los que afectan a la vida o integridad física de seres queridos, etc-, o bien dejan inalterada la utilidad marginal de la renta, como en los casos de muerte de personas próximas, o bien la reducen, como sucede normalmente en los casos de lesiones corporales muy graves. En estos últimos es frecuente que se produzca una reducción muy drástica de las actividades realizables por el perjudicado y, por tanto, de la utilidad del empleo de unidades adicionales de renta. La escasa evidencia empírica disponible refleja esta relación negativa entre accidente y utilidad marginal del dinero: W. Kip VISCUSI, William EVANS, “Utility Functions That Depend on Health Status: Estimates and Economic Implications”, 80 Am. Ec. Rev. 353.

El lector interesado encontrará una justificación más completa de las proposiciones anteriores en Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law* (1987), p. 245-252, obra de referencia sobre la cuestión.

Incluso entre los analistas económicos del Derecho, algunos discrepan de la utilización del aseguramiento óptimo *ex ante* como criterio rector de lo que la víctima debería recibir en caso de sufrir daños no patrimoniales. Con esto se estarían -ilegítimamente- imponiendo las preferencias del yo sano sobre los posiblemente muy distintos intereses del yo seriamente lesionado tras el accidente: Richard POSNER, cit. 31-32; Steven CROLEY, Jon HANSON, “The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law”, 108 Harv. L. Rev. 1822-1826.

• La divergencia entre la cantidad que el causante de daños morales debería pagar y la que su víctima debería recibir

En el apartado anterior, he escrito que el causante potencial de daños debe pagar por *todos* los daños patrimoniales y morales, pero que, en cambio, su víctima solo deberá cobrar una indemnización por el importe de los primeros: la prevención óptima exige que el causante pague por el todo; el aseguramiento óptimo, que la víctima sólo cobre parte. La solución alternativa a la indemnización de los daños morales que algunos economistas teóricos ofrecen para cubrir el hiato entre prevención y aseguramiento óptimos es tan sencilla como difícilmente practicable:

- a) La solución alternativa a la indemnización por daños patrimoniales y morales consiste en desdoblar la cantidad que deberá ser condenado a pagar el demandado y causante del hecho dañoso: la parte correspondiente al importe de los daños patrimoniales será entregada a su víctima en concepto de indemnización. El resto, por el importe de los daños morales, se pagaría al Estado en concepto de multa. El importe acumulado de las multas por daños morales permitirá reducir los ingresos fiscales, incrementar los gastos sociales o hacer ambas cosas a un tiempo, según cuáles sean las preferencias colectivas en cada momento. Por hipótesis esta solución incrementará el bienestar general en mayor medida que concentrar la indemnización en las víctimas.
- b) Sin embargo, esta solución ha sido objeto de críticas diversas: algunos han puesto el acento en la idea de que presumir que la multa incrementa el bienestar social en mayor medida que indemnizar a las víctimas es incurrir en la falacia del Nirvana (DEMSETZ), es decir, asumir acríticamente que el dinero de las multas será mejor gastado por las

agencias gubernamentales que por las víctimas y sus familias. Subyace aquí una cuestión empírica y, acaso, un prejuicio ideológico sobre la superioridad de una solución judicial y centralizada comparada con otra igualmente judicial pero descentralizada.

Bob COOTER ha propuesto una segunda solución alternativa a la tesis de la multa pagadera al Estado: el autor propone la admisión del comercio de pretensiones indemnizatorias potenciales o eventuales por daños morales –es decir, de aquéllas que todavía no han madurado porque no se han producido los daños que las hacen nacer-. En ese mercado, las víctimas potenciales podrían vender sus pretensiones puramente potenciales a terceros. Conseguirían así una compensación *ex ante* - antes del posible accidente- y, por lo tanto, en un momento en el que pueden obtener mucha más satisfacción por cada unidad monetaria que reciban de la que podrían conseguir después del accidente. Naturalmente, una vez ocurrido éste, no obtendrían nada en concepto de daños morales, con lo que se evitaría el problema del sobreseguro que la teoría trata de obviar. El tercero comprador, por su parte, podría reclamar el daño moral al causante de la lesión, con lo que la eficacia preventiva del sistema quedaría preservada: Robert COOTER, “Toward a Market in Unmatured Tort Claims”, 75 Va. L. Rev. 383.

Una variante de este mecanismo sería el de la cesión, por parte de las potenciales víctimas, de sus futuras pretensiones por daño moral a sus propios aseguradores de accidente (*first-party*), a cambio de una rebaja en las primas.

Por su parte, los sistemas legales suelen incriminar penalmente la causación negligente de daños corporales graves y siempre incriminan la dolosa. Con ello logran una eficacia preventiva indudable (en forma de sanciones penales) sin tener que recurrir a indemnizaciones económicas elevadas por daños morales que, además y en la práctica, muchos causantes de daños no podrían pagar.

II

La jurisprudencia del Tribunal Supremo

• Las penas con pan...

Las Salas del Tribunal Supremo se aproximan al problema de la indemnización del daño moral sin aparente criterio teórico y resuelven los casos de daños de esta naturaleza inspiradas por la máxima que encabeza este apartado: “*Las penas con pan son menos*”. La indemnización por daño moral perseguiría así compensar los perjuicios que su beneficiario o beneficiarios sufren en su vida personal (dolor físico y sufrimiento psíquico) y sociofamiliar (su capacidad de comunicarse o relacionarse afectivamente, por ej.), pues suponen la pérdida o deterioro de bienes que se integran con signo positivo en la función de utilidad del perjudicado, pero no aquéllos que afectan negativamente a las actividades económicas o laborales.

Los bienes cuya pérdida o deterioro trata de compensar la indemnización por daño moral, son muy diversos:

- La salud:
 - STS, 1ª, 29.12.1998 [graves quemaduras sufridas por una niña al incendiarse unos globos durante una fiesta de fin de curso];

- STS, 3ª, 20.10.1998 [lesión -alojamiento de un cuerpo extraño en el arco cigomático- causada a una viandante por obreros municipales que trabajaban en una calle de Eljas (Cáceres)] ;
 - STS, 1ª, 11.12.1997 [caída de soldador durante la realización de sus tareas por desprendimiento de viga de sujeción, lo que determina secuelas calificadas como incapacidad permanente total];
 - STS, 3ª, 20.1.1998 [pérdida de ojo por impacto de pelota de goma lanzada por la policía en manifestación no autorizada];
 - STS, 3ª, 21.4.1998 [lesión grave de un agricultor por choque con puerta de cristal en la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid].
- La vida de un hijo que no contribuye económicamente al sostenimiento de la familia, pues era:
 - a) Menor de edad:
 - STS, 1ª, 5.10.1995;
 - STS, 1ª, 14.12.1996.
 - b) Soldado de reemplazo:
 - STS, 3ª, 20.5.1996;
 - STS, 3ª, 19.9.1996;
 - STS, 3ª, 16.4.1997;
 - STS, 3ª, 17.4.1998.
 - c) Interno en un establecimiento penitenciario:
 - STS, 3ª, 27.11.1993;
 - STS, 3ª, 19.11.1994;
 - STS, 2ª, 19.3.1997;
 - STS, 3ª, 26.4.1997.
 - d) Travestido absolutamente distanciado de sus padres:
 - STS, 2ª, 23.11.1996.
 - La libertad:
 - STS, 3ª, 10.6.1997 [militar arrestado indebidamente por sus superiores];
 - STS, 3ª, 13.3.1999 [militar arrestado y trasladado indebidamente por sus superiores];
 - STS, 3ª, 29.3.1999 [banquero que sufre prisión provisional y largo proceso de 15 años por quiebra fraudulenta, y que finalmente resulta absuelto];
 - STS, 3ª, 3.5.1999 [ciudadano británico residente en Benidorm, ingresado durante 11 meses en prisión provisional por tráfico de

estupefacientes, y que no llega a ser siquiera acusado por el Fiscal].

- La tranquilidad de ánimo –el equilibrio psíquico-:
 - STS, 1ª, 10.4.1999 [depresión reactiva derivada del trato discriminatorio por parte de una compañía aérea a una trabajadora, por razón de su sexo, consistente en pagarle 10.000 pesetas (de 1989) mensuales menos que a un compañero varón por idéntico trabajo].
- La honorabilidad sexual:
 - STS, 1ª, 9.2.1998 [descripción de una mujer como "tía que va salida" y que "va buscando guerra"].
- El apego a la vivienda propia (aparte de su valor patrimonial):
 - STS, 1ª, 31.5.1983;
 - STS, 1ª, 25.6.1984;
 - STS, 1ª, 16.12.1986;
 - STS, 1ª, 19.10.1996.

Desde luego, el Tribunal Supremo no carece de razones para decidir como efectivamente lo hace: la indemnización que se dice concedida por daño moral puede contribuir a aliviar padecimientos físicos o psíquicos o a conllevar una vida personal y social devastadas. Con dinero se puede pagar el tratamiento psicológico acaso útil y las drogas químicas realmente efectivas para restablecer el bienestar -o, al menos, aliviar el malestar- de una persona profundamente deprimida. Pero nótese que, en estos casos no se indemniza daño moral alguno sino que se ordena reparar un daño patrimonial -el coste de los tratamientos psicológicos o médicos, servicios de atención o productos químicos que se pueden comprar con dinero-.

Mas lo anterior no diluye la problemática del daño moral en la del patrimonial. Y no sólo por la efectividad limitada de muchos tratamientos psicológicos y químicos de la depresión: aunque la terapia fuera capaz de restaurar por completo la situación de bienestar psíquico anterior al accidente, parece claro que a su víctima no le resulta indiferente padecer el daño y luego recibir la terapia reparadora o no sufrir daño alguno. La noción de daño moral se refiere precisamente a esta diferencia de utilidad entre ambos estados del mundo.

Aciertan tanto el Tribunal Supremo como los saberes populares que están en la raíz del viejo refrán, cuando el uno y los otros entienden que el pago de la indemnización a la víctima incrementa su utilidad. Mas no hay mucho mérito en este acierto: si el perjudicado no experimentara mejora alguna en su situación de bienestar tras recibir *ex post* la indemnización, simplemente no la habría pedido o la rechazaría (lo que supondría que su función de utilidad de la renta tras sufrir el daño es plana o decreciente).

Lo anterior no implica que, *ex ante*, las víctimas potenciales de daños morales prefirieran asegurarse contra tal eventualidad. La indemnización *ex post* aumentará desde luego la utilidad del beneficiario, pero constituye un sobreseguro que un agente racional no hubiera contratado antes del acaecimiento del daño.

• ***Sexo y daño moral***

Ante agresiones a la libertad sexual o a la autoestima y reputación en esta materia, el Tribunal Supremo se muestra especialmente proclive a condenar al pago de indemnizaciones. Las concede sistemáticamente, pero no requiere constatación alguna de la realidad y alcance del daño: indemniza la ofensa por su enormidad, pero no entra en consideraciones empíricas sobre la dimensión del perjuicio.

Así, la STS, 2ª, 16.5.1998, en un caso de violación de una joven, dijo: "*el daño moral ... sólo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de [sic] la víctima, por la cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas ...*".

Otras sentencias se producen en la misma línea:

- STS, 2ª, 31.1.1997 [violación y corrupción por su maestro de menores entre 4 y 9 años];
- STS, 2ª, 24.3.1997 [abusos sexuales a menor de 8 años];
- STS, 2ª, 7.4.1997 [coacción a la propia esposa para ejercer la prostitución];
- STS, 2ª, 16.2.1998 [utilización de menores para la prostitución y la elaboración de material pornográfico];
- STS, 1ª, 9.2.1998 [publicación de expresiones que, según el TS evidencian "una exacerbación sexual de la interesada"];
- STS, 1ª, 31.12.1996 [comentarios acerca de la vida sexual y anatomía de la interesada].

Esta proclividad a conceder indemnización por daño moral sin exigir acreditación de un impacto psíquico, puede obedecer a varias razones. Entre ellas no se cuenta, sin embargo, la de una mayor dificultad de prueba del daño moral en estas circunstancias frente a otras (lesiones físicas graves, sufrimiento psíquico derivado de la muerte de un familiar próximo, etc.).

En algún caso se podría pensar, con BECKER y POSNER, que el pretendido daño moral encubre otro daño consistente en el empeoramiento de la posición de la víctima en un mercado implícito como es el matrimonial o el paramatrimonial.

El caso que más claramente encajaría con esta interpretación sería el resuelto por la STS, 2ª, 24.9.1979, que condenó a resarcir no sólo el daño derivado de "la afrenta" que para el pudor y recato de la víctima supusieron los "tocamientos impúdicos" de que se trataba, sino por haberse visto arbitrariamente privada del "signo de su virginidad" - "signo material del honor femenino"-.

Igualmente confirmarían esta hipótesis casos de menoscabo de la "reputación sexual" de la víctima, como ocurre cuando se divulgan hechos o se refieren comentarios acerca de su actividad en este ámbito, o se la induce a la prostitución. La consistencia de la hipótesis puede verse reforzada por el hecho de que las cuantías concedidas en tales casos son más elevadas que las otorgadas en supuestos de agresiones más graves a la libertad sexual.

Sin embargo y por más beckeriano o posneriano que uno pueda llegar a verse acusado de ser, creo que existe una explicación mejor para esta jurisprudencia sobre sexo y daño moral: la que apunta a que las indemnizaciones por daño moral se aplican como sanción en los casos en que el daño patrimonial es típicamente bajo.

En efecto, la gravedad de estos hechos, así como la relevancia y repulsa social que merecen (STS, 2ª, 24.3.1997) aparecen entonces como los factores preponderantes en la fijación de la indemnización por daño moral. No se excluyen, desde luego, los efectos psíquicos negativos sobre la víctima [por ejemplo, la STS, 2ª, 24.3.1997 concedió 350.000 pesetas; por hechos similares, pero con reflejo psicológico y escolar probado, la STS, 2ª, 22.4.1998 elevó la indemnización a 2 millones de pesetas] como criterio coadyuvante para la cuantificación indemnizatoria.

Por otro lado, en los casos de agresión sexual no es descartable que, *ex post*, es decir, tras la agresión, la utilidad marginal de la renta se incremente para la víctima. Por ejemplo, puede tener lugar un efecto sustitución desde actividades sin otro coste económico que el de oportunidad, como puede ser la compañía de personas de sexo distinto, hacia otras que requieren gasto de dinero, como los viajes.

• **Daño moral y sanción**

Sin embargo, las agresiones sexuales no agotan el campo de aplicación del uso sancionador de la indemnización por daño moral.

En algunos casos, bajo la decisión de condenar a pagar tal o cual cantidad de dinero parece subyacer la repugnancia mal disimulada ante lo que representaría limitarse a conceder una indemnización nominal, próxima a cero, por no haber daños patrimoniales ni poder justificarse una precisa repercusión negativa de carácter psíquico o afectivo:

a) Así parece suceder en casos de causación de la muerte de la víctima cuando el fallecido hacía tiempo que no convivía con sus familiares y demandantes, si no es que ya se había roto todo contacto afectivo entre ellos:

- STS, 3ª, 26.4.1997;
- STS, 2ª, 23.11.1996.

En ambos casos se concedieron indemnizaciones de 10 millones de pesetas.

b) En supuestos de lesión al honor o a la intimidad y aunque el daño no afecte apreciablemente la capacidad de las víctimas de obtener ingresos futuros –por ej., éstas son funcionarios públicos- las indemnizaciones se elevan en función del reproche que, a juicio del Tribunal, merece el difamante:

- STS, 1ª, 12.6.1998 [funcionaria de Gestión de Hacienda a la que se achaca haber obtenido su puesto merced a la ayuda de un político muy poderoso, el Sr. Alfonso Guerra González, a la sazón vicepresidente del gobierno español: 6 millones de indemnización];
- STS, 1ª, 22.10.1997 [inspectores de policía tachados de cobrar un "impuesto" de protección a propietarios de bares y establecimientos de restauración: 1/2 millón de indemnización];

- STS, 1ª, 6.2.1996 [Director General de Programación e Inversiones del Ministerio de Educación y Cultura a quien se imputa exigir pagos para intervenir en subasta pública: 1 millón como indemnización].

Esta actividad sancionadora no encaja bien con los imperativos de eficiencia en la prevención que exigen que el causante tenga que hacer frente a una indemnización esperada comprensiva del daño patrimonial y del no patrimonial. La eficacia preventiva del derecho de daños no persigue una sanción que se añada a la cantidad a cuyo pago es condenado el demandado para reparación del daño patrimonial, sino que busca que la indemnización esperada por el causante potencial de daños coincida con el daño social (patrimonial + moral) esperado y derivado de su actuación. Es curioso comprobar cómo muchos adversarios de la función preventiva del derecho de daños no oponen objeción alguna a su utilización como derecho cuasisancionador.

Pero, en el proceso de justificación y, en su caso, de cálculo de las indemnizaciones concedidas por el Tribunal Supremo en estas constelaciones de casos, no hay nada - absolutamente nada- que permita inferir que los magistrados ponentes han tratado de averiguar cuál fue el daño moral efectivo, es decir, la concreta disminución de utilidad no reemplazable en dinero sufrida por la víctima. Tal aproximación sería siempre ardua y su resultado, inevitable y necesariamente imperfecto. Pero ni una cosa ni la otra justifican la preterición de aquellos datos de la realidad que permitirían acercarse, aunque fuera de modo impreciso, a una valoración aproximada del daño moral efectivamente producido. Por ejemplo, el impacto psicológico acreditado o la mayor o menor relación afectiva que, con anterioridad a su muerte, mantenía la víctima con los actores, son factores indiciarios cuyo empleo no debería poder descartarse con la simple alegación de que el respeto a la igual dignidad personal de todas las víctimas mortales postulan tal o cual indemnización.

En definitiva, si la jurisprudencia no se atiene a la magnitud real del daño, tanto infraprevisión como sobreprevención resultan igualmente esperables **y a lo mejor se compensan**. No obstante, dado que en todos estos casos en los que resulta claramente apreciable un talante sancionador en el Tribunal Supremo, los daños fueron causados dolosamente, el exceso de prevención no resulta tan preocupante como su defecto. No es extraño, por ello, que con frecuencia sean, asimismo, sancionables penalmente.

• La confusión entre daño patrimonial y daño moral

En numerosas ocasiones y bajo la rúbrica de daños morales, el Tribunal Supremo concede indemnizaciones por daños que carecen de aquella cualificación, pues en realidad, se trata de daños patrimoniales que no resultan, por razones diversas, fáciles de cuantificar. La etiqueta de “daño moral” permite aligerar la tarea de valorar los daños: se evita tener que explicitar los criterios de valoración económica del daño, ya que tales criterios, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, no existen para los daños no patrimoniales, es decir, para los morales:

- STS, 2ª, 8.5.1996;
- STS, 3ª, 20.7.1996;
- STS, 3ª, 17.4.1997;
- STS, 3ª, 20.1.1998;
- STS, 3ª, 21.4.1998;

- STS, 3ª, 13.10.1998;
- STS, 3ª, 20.10.1998.

Esta presentación del daño patrimonial bajo el ropaje del moral es particularmente visible en los casos de reclamación por lucro cesante, es decir, de ganancias que, con mayor o menor grado de probabilidad, la víctima dejó de obtener como consecuencia de la lesión sufrida. Es cierto que el lucro cesante puede resultar arduo de cuantificar, pero también es innegable que, por definición, es reemplazable por dinero.

Por ello, es contrario al buen sentido calificar como daño moral el sufrido por quien erróneamente resultó excluido por razones de salud de las oposiciones al Cuerpo Jurídico Militar: STS, 3ª, 20.3.1996 (en el caso, pudo mediar una cierta componente de perjuicio no reemplazable en dinero, al haberse frustrado una vocación muy sentida; pero el hecho de que se indemnizaron perjuicios evidentemente patrimoniales como si fueran daños morales lo acredita el hecho de que se compensaran como daños no morales únicamente los ingresos dejados de obtener durante el período de preparación de oposiciones); o los derivados del incumplimiento con proveedores y clientes a que se ve forzada una empresa cuando el Ayuntamiento ordena indebidamente la paralización de las obras que realizaba, así como la pérdida de clientela compradora: STS, 3ª, 4.10.1997.

Naturalmente, no todo son errores en esta materia: correctamente se negó que fuera daño moral el derivado de la improcedente denegación de apertura de farmacia: STS, 3ª, 5.2.1996.

A este respecto, una regla de buen sentido en materia de daños morales es, sin duda, la de que *las personas jurídicas constituidas con ánimo de lucro y cuyo objeto es llevar a cabo una actividad económica no pueden sufrir daños morales* -en realidad, tampoco las que carecen de ese ánimo, pero justificarlo aquí excede del objeto de esta página-. Las empresas mercantiles no tienen funciones de utilidad, sino exclusivamente funciones de beneficios, y en ellas no entra aquello que no es reemplazable por dinero.

En cambio, vuelve a ser un desacierto trasladar daños patrimoniales al ámbito de los morales, como cuando se condena a indemnizar como daños no patrimoniales las molestias e incomodidades prácticas derivadas de un acto dañoso, como las que resultan de:

- Destrucción de la vivienda, SSTs 1ª, 31.5.1983, 1ª, 25.6.1984, 1ª, 16.12.1986;
- Traslado forzoso disciplinario de un militar: STS, 3ª, 13.3.1999;
- Arresto en prisión militar. STS, 3ª, 10.6.1997.

En estos casos y otros semejantes, puede darse un elemento de daño moral, pero, con toda seguridad, éste no estará conformado por las molestias ocasionadas por los eventos dañosos anteriores.

En esta página hemos criticado con dureza la tendencia que manifiesta una cierta jurisprudencia de todas las Salas del Tribunal Supremo a hacer pasar como daños morales lo que realmente son daños patrimoniales. La crítica no responde a un prurito académico, a un simple capricho de escuela: el enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de daños morales imposibilita todo control externo de los criterios jurisprudenciales de cuantificación de los daños. Así, resulta imposible medir el ajuste de la indemnización al daño patrimonial realmente producido y la

jurisprudencia pierde mucho de su valor como tal. Además, enjuiciar entonces la eficacia preventiva y de traslación de riesgo de la responsabilidad civil, se convierte, en estas condiciones, en una quimera.

- **Sentencias del Tribunal Supremo**

Sala y fecha	Ar.	Magistrado ponente	Partes
1ª, 31.5.1983	2956	Serena Velloso	María de la Concepción P. M. y otros c. Francisco P. E., José Antonio F. C., José A. F. R. y José Luis M. G.
1ª, 25.6.1984	1145	Santos Briz	Representación de la Entidad "Valerio y Mendizábal, S.L.", Jose Luis L. L., María Mercedes L. L. y otros c. "Edificio Jado, S.A.", Juan María M. G., "AGROMAN, S.A." y Eugenio U. L.
1ª, 16.12.1986	7447	Santos Briz	Representación de Segismundo G. T. y María Teresa C. P. c. Mercedes F. F.
1ª, 5.10.1995	7020	Fernández-Cid de Temes	Padres y hermanos mayores de Ignacio R. R. c. Diputación Foral de Guipúzcoa.
1ª, 6.2.1996	1342	Ortega Torres	Francisco A. S. c. Adolfo G. G. y diversos periodistas, directores y editores de varios medios periodísticos.
1ª, 19.10.1996	7508	Fernández-Cid de Temes	Francisco y Alberto R. C. vs. Isidro R. A. y Sérvulo O. L.
1ª, 14.12.1996	8970	Fernández-Cid de Temes	José H. E. y Elena G. G. c. Juan A. S. y Diputación Foral de Guipúzcoa.
1ª, 31.12.1996	9477	Gullón Ballesteros	Marta Ch. F. c. Jesús Manuel P. M., Jaime C. y D. de R., "Difusora de Información Periódica, S.A." y María Luisa A. A.
1ª, 22.10.1997	7179	Albácar López	Alfonso Carlos L. D. c. José D. H., Rafael C. E., Miguel Ángel L. e "Información y Revistas, S.A."
1ª, 11.12.1997	8972	Villagómez Rodil	Francisco de Asís c. CEPESA y TICSA
1ª, 9.2.1998	607	Morales Morales	María Luisa M. P. c. Jesús M., "Difusora de Información Periódica, S.A.", Jaime C. y el Ministerio Fiscal.
1ª, 12.6.1998	4684	Albácar López	Ana María L. L. c. Julián L. S. J., "Tribuna de Ediciones de Medios Informativos, S.A." y el Ministerio Fiscal.
1ª, 29.12.1998	9980	O'Callaghan Muñoz	Padres de Laura T. G. c. Ángel V. C., Socorro Z. V., "Religiosas Misioneras del Santísimo Sacramento y María Inmaculada", Asociación de Padres y "Le Mans Seguros".
1ª, 10.4.1999	1877	Villagómez Rodil	María Marta R. C. c. "Swissair, S.A."
2ª, 24.9.1979	3129	Vivas Marzal	Ministerio Fiscal c. C. R. S.
2ª, 8.5.1996	3802	Conde-Pumpido Tourón	Antonia H. S. c. Antonio E. B.
2ª, 23.11.1996	8683	Montero Fernández-Cid	Leopoldo R. B. y Dolores Z. O. c. David P. V., Pere A. Ll., Héctor L. F., Isaac L. F., Andrés P. P. y Óliver S. R.
2ª, 31.1.1997	396	Delgado García.	Ministerio Fiscal c. José Ramón G. G.
2ª, 19.3.1997	2332	Román Puerta.	Ministerio Fiscal c. Julio R. A., Juan Antonio H. H., Antonio L. L. y Nicolás S. A.
2ª, 24.3.1997	1950	Román Puerta	Carlos C. C. y Violeta P. R. c. Juan G. S.
2ª, 7.4.1997	2703	Granados Pérez	Fatna H. c. Enrique S. B.
2ª, 16.2.1998	1051	Martín Canivell	Elena M. G., Francisco F. R. y Begoña L. C. c. José C. S., Vicente Rafael R. V., Martín Rafael Ch. A. y Juan D. M.
2ª, 22.4.1998	4710	Moner Muñoz	Rosa M. M., Manuel C. J. y Sandra C. M. c. Mimou R.
2ª, 16.5.1998	4878	De Vega Ruíz	Ministerio Fiscal c. José David D. F.
3ª, 27.11.1993	8945	Peces Morate	Lázaro M. M., María Rosario Ll. C. y Bebel F. P. vs. Ayuntamiento de Aranda de Duero.
3ª, 19.11.1994	10469	Peces Morate	Rafael M. C. c. Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.
3ª, 5.2.1996	987	Sieira Miguez	María Concepción O. L. c. Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.
3ª, 20.3.1996	2781	Trillo Torres	Fernando José M. G. c. Ministerio de Defensa
3ª, 20.5.1996	4407	Xiol Ríos	Esteban O. S. y María P. R. c. Ministerio de Defensa

3ª, 20.7.1996	5717	Peces Morate	Ángel F. T. y Petra A. G. c. Junta de Andalucía
3ª, 19.9.1996	6449	Sieira Miguez	Representante de Carlos M. D. c. Administración del Estado
3ª, 16.4.1997	2689	Hernando Santiago	Sebastián C. M. c. Ministerio de Defensa
3ª, 17.5.1997	2691	Xiol Ríos	Padre de Juan A. G. vs. Ministerio de Defensa
3ª, 26.4.1997	4307	Peces Morate	Adoración P. A. c. Generalidad de Cataluña
3ª, 10.6.1997	4638	Mateos Garcia	Emilio O. P. c. Ministerio de Defensa
3ª, 4.10.1997	7641	Peces Morate	Manuel T. F. y Constantino V. S. c. Ayuntamiento de Lugo
3ª, 20.1.1998	350	Xiol Ríos	Rafael Z. P. c. Administración del Estado
3ª, 17.4.1998	3832	Sieira Miguez	Representantes de Francisco del A. F., y Ramona G. S. c. Ministerio de Defensa.
3ª, 21.4.1998	4045	Xiol Ríos	Francisco Ch. S. c. Administración del Estado
3ª, 13.10.1998	7820	Xiol Ríos	José María S. G. c. Servicio Andaluz de Salud
3ª, 20.10.1998	8844	Xiol Ríos	Julia G. R. c. Ayuntamiento de Eljas
3ª, 13.3.1999	3038	Peces Morate	Pedro M. B. c. Ministerio de Defensa
3ª, 29.3.1999	3783	Peces Morate	Viuda de Carlos H. de M. e hijos c. Ministerio de Justicia