

# ¿Existen remedios contractuales para obtener el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento del contrato?

## Are there contractual remedies to obtain compensation for moral damage arising from breach of contract?

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA  
*Catedrático de Derecho civil*  
*Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 09.07.2024 / Aceptado: 29.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8991

**Resumen:** Se plantea la conveniencia de que exista en el régimen general del Derecho de contratos un reconocimiento expreso del daño moral derivado del incumplimiento del contrato. Cuando un daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una obligación estipulada en el contrato, o al menos tiene su encaje en las obligaciones que, aunque nada se haya dicho expresamente en el contrato, forman también parte de él, no debería haber necesidad de escapar de la órbita contractual para encontrar la respuesta por la vía extracontractual. Un contrato obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado, pero también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Semejante daño moral solo será extracontractual si no fuera posible situarlo en la esfera de los bienes que fueron tenidos en cuenta al celebrar el contrato o debieron serlo.

**Palabras clave:** Culpa, daño moral, responsabilidad contractual.

**Abstract:** The convenience of there being in the general regime of contract law an express recognition of the moral damage followed from a breach of contract is raised. When damage occurs as a consequence of the breach of an obligation stipulated in the contract, or at least has its place in the obligations that, although nothing has been expressly said in the contract, are also part of it, there should be no need to escape of the contractual orbit to find the answer through law of torts means. A contract requires compliance with what is expressly agreed, but also all consequences that, according to their nature, are in accordance with good faith, custom and law. Such moral damage will only be non contractual if it is not possible to place it in the sphere of the goods that were taken into account when entering into the contract or should have been taken into account.

**Keywords:** Fault, moral damage, contractual liability.

**Sumario:** I. Propósito. II. La fórmula de la yuxtaposición de responsabilidades y sus trampas. III. El accidente del esquiador. un banco de pruebas con dos respuestas contradictorias. IV. El daño moral como paradigmática zona gris entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. 1. La habitual diferencia de trato. 2. Las tendencias a aproximar *moderadamente* los dos regímenes. 3. El aparente obstáculo del modelo codificado. V. Conclusión.

1. Puede ser conveniente comenzar adelantando la conclusión de estas líneas: existen los daños morales derivados de contrato y éstos pueden ser reclamados como parte de la indemnización de daños y perjuicios y encontrar respuesta impecable en sede contractual. Sin necesidad, por lo tanto, de encontrarle acomodo a la demanda en la vía extracontractual o aquiliana. Se trata de una idea cada vez más mane-

jada por la jurisprudencia, y constituye una rebaja importante de esa práctica viciosa en nuestra práctica forense que se dio en llamar «unidad de la culpa civil». Aunque, ciertamente, el profesor Díez-Picazo no era muy proclive a encontrar respuesta contractual a los daños morales, sí hablaba de la unidad de la culpa civil dedicándole la calificación de «cabal falacia»<sup>1</sup>. Cabal falacia me parece a mí también, pero lo cierto es que la táctica hizo furor en nuestros tribunales durante una treintena de años, y todavía la seguimos viendo en nuestros días, aunque uno deba felicitarse de que haya ido perdiendo fuerza.

## I. La fórmula de la yuxtaposición de responsabilidades y sus trampas

2. No debería hacer falta el recurso a esa fórmula de la yuxtaposición de responsabilidades que tan presente ha estado en la jurisprudencia de los últimos treinta años, con esa denominación o con otras (concurso de normas o sustanciación). Si el concepto de culpa civil que presenta el art. 1104 C.civ. puede ser utilizado sin dificultad en el terreno extracontractual (terreno en el que, si no existe una definición de culpa, será seguramente porque no hace ninguna falta, pues la norma define la culpa en sede de teoría general de la obligación), ello no puede llevarnos a decir a quien desea postular correctamente una pretensión de resarcimiento, que lo importante es el *petitum* y no la *causa petendi*. Y eso es lo que predica la yuxtaposición: no hay dos pretensiones, sino una sola, y lo que importa es el elemento fáctico o conjunto de hechos, de modo que el demandante no ha de *etiquetar* la demanda, sino limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria. Él no es quien ha de calificar los hechos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez, que podrá actuar con absoluta libertad en virtud del principio *iura novit curia*: si la reclamación no encaja en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia.

3. Ni que decir tiene que ello ha comportado con frecuencia que, ante daños inequívocamente extracontractuales, el juzgador fuerce la naturaleza de los mismos para evitar la brevedad del plazo de prescripción (un año, art. 1968.2º C.civ.). Hemos podido ver con frecuencia que los cambios se efectúan cuando la litis fue constituida sin haber invocado el demandante norma contractual alguna, y sólo se hace el *viraje* cuando el demandado ha opuesto la prescripción anual. Una manera, en fin, de ayudar al demandante mal advertido, pero que tal vez pueda permitirle conseguir *alguna* indemnización en el terreno contractual, donde el plazo de prescripción es mucho mayor (cinco años, art. 1964<sup>2</sup>). Pero de ayudarle haciendo trampas. Retorciendo los hechos e inventando contratos donde no los hay.

4. Cuesta escoger un ejemplo, porque se cuentan por centenares. Veamos la STS de 6 mayo 1998 (RJ 1998, 2934). Lo más curioso del caso era que en la sentencia de Primera Instancia se puede leer que el diagnóstico de la enfermedad del niño, en el que todos los informes médicos coincidían (ceguera por exceso de oxigenación en la incubadora), databa de finales de 1987, y la reclamación, de ochenta millones de pesetas, fue presentada el 28 de octubre de 1991. Y eso era así porque «mi mandante, por ignorancia de la ley, ha permanecido inactivo en lo relacionado con el daño moral y material recibido tanto por su hijo como por los padres». La demanda, a pesar de todo, se amparaba en los arts. 1902 y 1903 C.civ., sin invocarse para nada la normativa contractual. Solo faltaba, en fin, admitir expresamente que el tiempo había transcurrido con creces, y pedir perdón por no conocer el «pequeño detalle» de la prescripción anual. Y fue después, al contestar a la excepción de prescripción opuesta por el INSALUD, cuando el demandante procedió a modificar la acción, diciendo ahora que ésta se basaba en la culpa contractual. Pero el art. 1101 no había sido ni citado en la demanda. Semejante cambio en la relación jurídico procesal ya constituida no fue admitido por la sentencia del Juzgado, pero tampoco por la que dictó en grado de apelación la Audiencia Provincial de Badajoz.

<sup>1</sup> Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, V. La responsabilidad civil extracontractual*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 227.

<sup>2</sup> El plazo fue de quince años desde que el Código civil entró en vigor hasta que la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre lo redujo a cinco. La insostenible diferencia ha durado en España nada menos que 126 años.

Pero la cosa cambió en casación: «la moderna jurisprudencia ha acunado (sic) la doctrina de la unidad de culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*».

5. La sentencia hace justicia de espaldas a la ley. La tragedia de un niño ciego, cuyo daño moral no cabía en la órbita extracontractual porque la acción había prescrito, quedaba convenientemente arreglada con una *huida* a la esfera de los contratos, fingiendo que existía algo parecido a un contrato entre su padre (a la sazón el titular de la cartilla de la Seguridad Social) y el Sistema Nacional de Salud.

6. Pero en esta ponencia interesa el fenómeno inverso, que consiste en calificar como extracontractuales unos daños que derivan del incumplimiento de un contrato. Otra teoría particularmente extravagante, que se resume en una frase que durante muchos años la hemos leído en la jurisprudencia: «no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial».

7. La frase es del tipo «cortar y pegar», y aparece también en centenares de sentencias, aunque en los dos últimos años parece haber ido perdiendo algo de fuerza. Absolutamente inconcebible que se pueda decir, por ejemplo, que si un depositario, intencionadamente o por negligencia, causa daño a la cosa depositada «(...) en tal caso, no solo incumple el contrato de depósito, sino que, al propio tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro (...). Cabe entonces preguntarse si el autor del daño ha incurrido en doble responsabilidad, la contractual y la extracontractual (y) si, por consiguiente, el perjudicado, es decir, el acreedor, podrá disponer de ambas acciones contra el deudor»<sup>3</sup>. Sinceramente, a mí se me antoja difícil encontrar un daño más inequívocamente contractual. Igual de extraño me resulta que se pueda plantear este *juego de hojas intercambiables*<sup>4</sup> en un caso de daños en las mercancías transportadas, pero así parece entenderlo la STS de 10 mayo 1984 (RJ 1984, 2405). Si un arrendatario provoca un incendio en el inmueble arrendado, decir que «tales actos no violaron de forma directa ninguna de las obligaciones que al arrendatario impone el Código civil» es bastante extravagante, pero eso es justo lo que dice la STS de 19 junio 1984 (RJ 1984, 3250). Y al revés, para el caso del arrendador que derriba el cobertizo que formaba parte del conjunto arrendado, lo leemos en la STS de 29 noviembre 1994 (RJ 1994, 9165). O en las SSTS de 1 febrero 1994 (RJ 1994, 854) y 8 abril 1999 (RJ 1999, 2660), para sendos supuestos de sustracción de un vehículo en el aparcamiento de un hotel. Si no hay en estos casos palmarias infracciones de deberes contractuales, ¿qué es entonces lo que hay?

8. Se comprenderá que en materia de daños corporales y morales la situación es muy singular. No me cabe duda de que deriva de contrato la humillación que sufre el cliente del hotel a quien se aloja en el cuarto de planchar, o el daño que padece el dueño del piso alquilado por las molestias y el insomnio que le produce una calefacción ruidosa y que no funciona. También el disgusto infligido a los novios cuando el servicio de banquetes contratado resulta ser pésimo<sup>5</sup>. La STS de 15 junio 2010 (RJ 2010, 5151) se refiere al daño en la vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar, sufrido por los compradores de las participaciones societarias de una empresa, que provocó el cierre de la misma. Tam-

<sup>3</sup> GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 831 y ss.

<sup>4</sup> PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad contractual y la extracontractual aquiliana o delictual*, p. 66. La metáfora se completa con otra muy visual, en la que el autor se lamenta de que los demandantes jueguen con los dos regímenes, extrayendo los preceptos que más interesan de uno o de otro como «el murciélago del fabulista, que mostraba u ocultaba sus alas a voluntad y según las necesidades de la causa» (pp. 55 y 56).

<sup>5</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, Santiago de Chile, 2000, p. 434.

bién se califica de daño contractual, en la STS de 31 mayo 2000 (R.J. 2000, 5089), la zozobra provocada por el retraso injustificado de ocho horas en un vuelo. Y dio mucho que hablar en los últimos años la STS (Pleno Sala 1ª) de 11 marzo 2020 (RJ 2020, 752) cuando admitió que «el fabricante del automóvil tiene frente al adquirente final la responsabilidad derivada de que el bien puesto en el mercado no reúne las características técnicas anunciadas por el fabricante. Esta responsabilidad es solidaria con la responsabilidad del vendedor, sin perjuicio de las acciones que posteriormente este pueda dirigir contra aquél. Y, consecuentemente, procede reconocer al fabricante del vehículo la legitimación pasiva para soportar la acción de exigencia de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual». Pero, en lo que aquí más interesa, reincidió en la idea la STS (Pleno de la Sala 1ª) de 23 julio 2021 (RJ 2021, 3583), que valora además el daño moral padecido por el insatisfecho comprador. Una sentencia de la que habrá que ocuparse con el detalle que merece.

## II. El accidente del esquiador. Un banco de pruebas con dos respuestas contradictorias

9. Las SSTS de 23 marzo 1988 (RJ 1988, 2226; en lo sucesivo, «caso Baqueira») y 10 junio 1991 (RJ 1991, 4434; en adelante, «caso Tossa de Alp») tratan ambas de dar respuesta a dos casos muy parecidos, a saber, sendos accidentes de esquí con graves secuelas.

10. Es bien sabido que el artículo 1258 del Código civil establece: «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». El precepto tiene su equivalencia en el artículo 1374 del Código italiano <sup>6</sup> y en la práctica totalidad de los Códigos civiles <sup>7</sup>.

11. En el «caso Baqueira», la empresa que explotaba la estación de invierno sita en el Valle de Arán se ocupaba de las instalaciones para la práctica del esquí y otras complementarias, como son los remontes mecánicos, las pistas acondicionadas y señalizadas, los viales, las cafeterías y restaurantes, los puestos de socorro, etc. Se puede leer en la sentencia que la empresa tiene las pistas debidamente acondicionadas, numeradas y señalizadas mediante el oportuno balizamiento, que la estación de esquí se abre y se cierra cada día y que antes de la apertura el personal de la estación debe recorrer las instalaciones mecánicas y las pistas a fin de comprobar que se hallan en buenas condiciones para ser abiertas al público. Se lee también que si tras la inspección se comprueba que alguna pista no está en condiciones de ser utilizada por los esquiadores debido al estado de la nieve, la dirección ordena el cierre público de la pista mediante la colocación de vallas o cuerdas, anunciándose el cierre en los paneles informativos generales y en los telesillas de acceso, además de darse aviso por los altavoces y por el personal que recorre las instalaciones.

12. No se reprochaba en la demanda incumplimiento alguno en relación con las prestaciones relativas al transporte de los deportistas, pero el Tribunal Supremo lleva a cabo una reflexión ejemplar: «las obligaciones asumidas por Baqueira Beret, S. A. y aceptadas por sus clientes no se circunscribían como aquélla entiende a un típico contrato de transporte, sino que el transporte en sí, con la finalidad determinada de tener acceso sus usuarios a las pistas de nieve para practicar el deporte del esquí, comprendía la accesoria de tenerle puntual y verazmente informados del estado de dichas pistas, lo que determina que la naturaleza de la convención imponía a Baqueira Beret, S. A. las consecuencias que en orden a la información sobre el estado de las pistas de nieve a los que usaran de sus medios mecánicos

<sup>6</sup> Artículo 1374: «Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e' nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equita'».

<sup>7</sup> Así, arts. 961 del Código civil y comercial de Argentina, 1546 del Código civil de Chile, 1236 del puertorriqueño, 1519 del guatemalteco, 1603 del colombiano, 1363 del peruano, 1546 del hondureño, 1023 del costarricense, 1562 del ecuatoriano, 1291 pº 2º del uruguayo, 2480 del nicaragüense, 1109 del panameño, 1160 del venezolano, 1417 del salvadoreño o 1135 del dominicano.

de transporte le imponía la sentencia recurrida que, por consiguiente, aplicó rectamente el precepto del Código Civil cuya infracción se acusa en el motivo». La responsabilidad de la demandada, en fin, no deriva de su obligación como porteador. No nace del mal cumplimiento de los deberes «de prestación», sino de los «de protección o seguridad». Pero es una responsabilidad de naturaleza exquisitamente contractual, con absoluta independencia del tipo o naturaleza del daño cuya indemnización se postulaba. De hecho, se trataba de los días de baja, los gastos de curación, los de adecuación de su vivienda habitual y las secuelas de su paraplejía. Una sentencia, en fin, excelente de 1988.

**13.** Pero tres años después parece que las cosas cambiaron. Para el «caso Tossa de Alp», la STS de 10 junio 1991 se ocupó de decidir acerca de unos daños también muy graves: unas lesiones que tardaron 695 días en curar, secuelas neurológicas con parálisis braquial del lado derecho casi completa con hiperestesia neurítica y con merma de la capacidad de trabajo y del aprendizaje profesional para aquel joven de dieciséis años. Todo como consecuencia del descarrilamiento y la caída del cable de arrastre de la instalación. Es decir, podríamos decir que se trataba de una responsabilidad aún más claramente contractual. Pues bien, provocando la sorpresa de propios y extraños, el Alto Tribunal dice que para que exista responsabilidad contractual no basta «que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido obligacional» O lo que es lo mismo, «la culpa imputada por la sentencia recurrida a “Telesquís de Alp, Das y Urus S. A.” no nace de un defectuoso cumplimiento por ella de las obligaciones originadas en el contrato de transporte concertado con el perjudicado sino que se trata de un accidente sobrevenido por un funcionamiento defectuoso de las instalaciones que motivó el descarrilamiento del cable y su caída por falta de las medidas de seguridad adecuadas para evitar daños a los usuarios de ese medio de transporte, de todo lo cual se desprende que no obstante la existencia de una relación contractual, el hecho causante del daño no pueda incardinarse como producido dentro la órbita de esa relación y como desarrollo de su contenido negocial».

**14.** Dicho de otro modo: es contractual la responsabilidad de Baqueira por razones de *integración* contractual (no informar debidamente del estado de las pistas) pero es extracontractual la responsabilidad de Alp, Das y Urus por razones de *interpretación* contractual, es decir, porque la prestación de transporte mal cumplida no puede entrar en la órbita del contrato. Diría que la contradicción es incomprensible, pero prefiero pensar que todo se debe a que en el segundo caso la estación contaba con una póliza de seguro de responsabilidad civil. Un dato que suele pasar inadvertido, pero que da la clave de muchas cosas.

**15.** En fin, y como puede leerse en la STS de 9 julio 1984 (RJ 1984, 3802), «cuando los contendientes estén ligados por un vínculo contractual, sea éste expreso o sea tácito o incluso presunto, (...) no se aplicarán, por tanto, los preceptos que disciplinan la responsabilidad extracontractual (art. 1902 y ss.), pues ambas responsabilidades, por las diferencias de regulación legal sobre todo en materia de prescripción, no pueden coexistir y ser exigidas a la vez». En la responsabilidad contractual, el deber no es el de no dañar «al prójimo», sino a un concreto acreedor.

**16.** Merced a la entrada en juego de los factores de integración contractual (art. 1258 C.civ.) y a la invocación en más de un caso de la noción de las obligaciones de seguridad (noción que entiendo tan sumamente útil, pero que GARCÍA VALDECASAS no dudaba de calificar de ficción, «pues presume en las partes la voluntad de contraer una obligación que la mayor parte de las veces ni siquiera pasó por su imaginación»<sup>8</sup>, el contrato absorbe todo aquello que se encuentra en su órbita natural, y los daños ocasionados en el marco del contrato encuentran su eventual reparación con arreglo a la normativa contractual. Ha indicado Díez-PICAZO que le falta solidez a todo punto de vista que quiera situar fuera de la esfera contractual los daños generados por la inobservancia de los deberes contractuales de protección,

<sup>8</sup> GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación...», cit.

y que distinguir ambas esferas con ese criterio de calificar como contractual eso que repetía *ad nauseam* la jurisprudencia de la «rigurosa órbita de lo pactado» es un «intento baldío»<sup>9</sup>.

### III. El daño moral como paradigmática zona gris entre la responsabilidad contractual y la extracontractual

#### 1. La habitual diferencia de trato

17. Sería un largo exceso dedicar algo más que unas líneas a encontrar las razones por las que es habitual pensar que, ante la duda sobre la naturaleza contractual o extracontractual del daño, el cínico pragmatismo invita a preguntar qué es lo que más le conviene al litigante en cuestión. Argumentos y contraargumentos hay para “etiquetar” el daño según estemos postulando los intereses del perjudicado, los del demandado o los del asegurador de éste.

18. Pero hay que partir de un dato: es tradicional que se dispense un trato más favorable a la víctima del daño extracontractual. Si entre el autor de un daño y el perjudicado no existía contrato, el alcance del resarcimiento tiende inexorablemente a ser casi íntegro. Pero se sospecha que el montante de la indemnización será normalmente menor si ese mismo daño se ocasiona como consecuencia de un incumplimiento contractual. Parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al juez que los contratantes han tenido ocasión de conversar sobre sus conveniencias, han aclarado sus propósitos, han tenido también ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, de escoger incluso a otra persona de más confianza; «se han visto las caras», en una palabra, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento... todo lo cual, obviamente, no sucede en los supuestos de daños extracontractuales.

19. La consecuencia es que si ante un daño derivado de contrato se tiende a resarcir solamente las consecuencias que fueron previstas o resultaban previsibles en el momento de concertar la obligación (siempre que no haya mediado dolo en el incumplimiento, cfr. art. 1107 C.civ.<sup>10</sup>), el resarcimiento del daño no contractual va normalmente a abarcar a todas las consecuencias conocidas: en el art. 1902, “reparar el daño causado” es “reparar todo el daño causado”.

20. Así, por ejemplo, si el dueño de una cuadra contrata el cuidado y alimentación de sus caballos de carreras y comprueba cómo la negligencia del veterinario ocasiona la muerte de uno de ellos -casualmente, el más valioso-, parece que el sistema quiere que obtenga como indemnización poco más que el valor de mercado del animal a juicio de peritos, salvo que otra cosa se hubiese pactado.

21. A cambio, se le puede adelantar que el plazo para reclamar es el de cinco años del art. 1964<sup>11</sup>. Pero si la pérdida del animal tiene lugar como consecuencia del atropello de un tractor, no sorprendería nada que el demandante aspirara legítimamente a conseguir también una indemnización por lucro cesante (o al menos por pérdida de oportunidades, ya que el equino había ganado las últimas carreras que corrió en los hipódromos) y quién sabe si hasta otra por daños morales. Pero, eso sí, para reclamar sólo dispondrá del ridículo plazo de un año del art. 1968, p<sup>o</sup> 2<sup>o</sup><sup>12</sup>.

<sup>9</sup> DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 228.

<sup>10</sup> Y es que en caso de dolo del deudor, la indemnización comprende todos los daños causados, hubieran sido o no previsibles cuando el contrato se celebró. Es clara la inspiración francoitaliana del precepto, que bebe (entre otras fuentes) de los arts. 1150 del Código francés y 1228 del Código italiano de 1865 (1225 del vigente). Es éste el modelo que siguen también los Códigos de Chile (art. 1558, p<sup>o</sup> 1<sup>o</sup>), Colombia (art. 1616), Honduras (art. 1366), Argentina (art. 1726), Ecuador (art. 1574), Uruguay (art. 1346), El Salvador (art. 1429) o República Dominicana (arts. 1150 y 1151).

<sup>11</sup> En el Código italiano el plazo es de diez años (art. 2946).

<sup>12</sup> Un plazo extraordinariamente breve, como todos los autores critican. Contrasta enormemente con el plazo decenal del Código francés (art. 2270), el de cinco años de los Códigos italiano (art. 2947), belga y holandés (art. 310-1), el de cuatro años

22. No procede examinar aquí las restantes diferencias (o pretendidas diferencias), pues, además, hablar de la carga de la prueba de la culpa en ambas esferas<sup>13</sup>, o de la responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares<sup>14</sup>, o de la responsabilidad plural<sup>15</sup>, o del crédito de la víctima en sede concursal<sup>16</sup>... distraería la atención del lector en cuanto al núcleo principal de esta ponencia. Aunque sí procede hacer una advertencia: hay pretendidas diferencias que no se encuentran establecidas por la ley, sino que más bien son obra de la doctrina y la jurisprudencia; y a todo esto se debe añadir un dato que no merece ser presentado como una diferencia más, pero que en bastantes ocasiones sí se presenta como si lo fuera. Me refiero a la circunstancia de que son frecuentes las pólizas de seguro de responsabilidad civil que se limitan a dejar cubierta la responsabilidad extracontractual del asegurado, quedando excluida, por tanto, toda suerte de responsabilidad contractual. Conviene estar advertido, pues muchos aseguradores tratan de convencer al mercado de que la responsabilidad contractual no es asegurable. Pero desde el principio ha de advertirse: la responsabilidad contractual es perfectamente asegurable, y otra cosa bien distinta es que no la quieran asegurar. Con todo, el dato ha de tenerse siempre en cuenta, pues la cobertura del seguro puede convertirse en el auténtico núcleo duro de la discusión<sup>17</sup>.

---

de los Códigos de Chile (art. 2332), Ecuador (art. 2235) y Uruguay (art. 1332), o el de tres años de los Códigos alemán (§ 852) y ruso (art. 196), el de Colombia (art. 2358), Argentina (art. 2561) y El Salvador (art. 2083), que es justo el plazo adoptado sensatamente en nuestro país por el Código civil de Cataluña (art. 121-21.d).

<sup>13</sup> Se dice que en la esfera contractual existe la presunción de culpa, y que, con arreglo a lo que dispone el art. 217 LECiv., le basta al acreedor con probar la obligación preexistente y su incumplimiento. En cambio -se dice también- en la responsabilidad extracontractual hay que probar la culpa del agente, pues la negligencia aparece en el art. 1902 C.civ. como uno de los hechos constitutivos de la pretensión.

Sin embargo, lo cierto es que la suavización del elemento de la culpa, como factor desencadenante de la obligación de responder por los daños causados, es bastante fácil de apreciar, y ello, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual. Además, es indudable que la culpa o negligencia sí tiene un papel protagónico en las obligaciones que se puedan calificar de medios o actividad (vgr., abogado que lleva un caso de su cliente o médico que asume el tratamiento de su paciente), pero si la obligación asumida fue de resultado (vgr., el abogado que se compromete a la entrega de un dictamen o informe o el médico que se obliga a entregar una analítica), al deudor que la incumple poco le servirá demostrar que fue diligente: no es un problema de culpa o no culpa, sino de causa o no causa: sólo le valdrá demostrar que la causa del incumplimiento no fue propia sino ajena (caso fortuito o fuerza mayor, art. 1105 C.civ.).

<sup>14</sup> Está admitido que la responsabilidad del deudor contractual por el hecho de sus auxiliares es incondicionada, no admitiéndose la prueba de la diligencia como causa de exoneración. Mientras tanto, en la responsabilidad extracontractual, el art. 1903, pº 7º C.civ. admite la posibilidad de exoneración por parte del principal si demuestra que fue empleada por él la debida diligencia in vigilando o in eligendo.

Sin embargo, tampoco es ésta una diferencia auténtica, pues en ambas esferas es extremadamente difícil en la actualidad que un empresario se libere de responsabilidad extracontractual por haber demostrado que empleó la diligencia debida.

<sup>15</sup> La responsabilidad de los codeudores contractuales es teóricamente mancomunada, pues el art. 1137 C.civ. establece que sólo existirá solidaridad si la obligación lo determinó de forma expresa, y se dice comúnmente que este precepto no es aplicable en responsabilidad extracontractual, donde rige la solidaridad.

Tal pretendida diferencia es muy discutible. En efecto, en el terreno extracontractual, la solidaridad ha pasado desde hace casi un siglo a ser la regla. Pero no existe una norma que así lo establezca (a diferencia de lo que sucede en numerosas leyes especiales y en tantos otros Códigos civiles), con lo cual bien se puede defender que, a falta de norma, habría que aplicar la regla general de la mancomunidad, ya que el art. 1137 se ubica en sede de obligaciones en general.

Pero es que, por otra parte, sucede que también en el campo contractual, donde sí existe norma, los tribunales se resisten a aplicarla. Y ello, bien sea porque las sentencias admiten que no es necesario utilizar expresamente el término “solidaridad” (pese al tenor del precepto, que sí lo exige: solo ha de haber solidaridad “cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”), bien sea porque de las circunstancias del caso “se pueda deducir” que, en efecto, se quiso la solidaridad, o bien sea porque se entiende que cuando dos o más personas aparecen como codeudores en una misma obligación, se produce siempre una especie de “comunidad jurídica de objetivos” derivada de una “interna conexión entre las prestaciones de los deudores”, o hasta una “unidad de fin dirigida a la satisfacción del interés del acreedor”. Provocan sorpresa sentencias como la STS de STS de 26 abril 1985 (RJ 1985, 1991): el Tribunal Supremo deduce que existe una circunstancia tácitamente demostrativa de que las partes quisieron la solidaridad del hecho de que los prestatarios dirigieron una carta al prestamista en la que le decían «queremos hacerte llegar una vez más nuestro reconocimiento por el gran favor que nos haces al prestarnos sin interés un millón de pesetas». O sea, que como dieron las gracias juntos, demostraron la solidaridad...

<sup>16</sup> El acreedor contractual no tiene crédito privilegiado en el concurso de acreedores. En cambio, la víctima extracontractual ostenta un crédito con privilegio general (art. 280.5º TRLCon.) o hasta un crédito contra la masa si el crédito nace después de la declaración de concurso (art. 242.13º). Esta diferencia sí es incontestable, y presenta una ventaja muy visible para el daño extracontractual.

<sup>17</sup> Cuando se dice que la responsabilidad contractual no es asegurable, muchas veces es porque en realidad no se está hablando propiamente de responsabilidad civil, sino de la prestación y de la contraprestación. Naturalmente que un seguro de

**23.** La *fabulación* del principio de la unidad de la culpa civil continúa entre nosotros (con grave deterioro de la seguridad jurídica y del *fair play*), pero, felizmente, va perdiendo fuerza. En la STS de 22 noviembre 2021 (RJ 2021, 5184), que insiste en reducir la superficie de ese principio a casos auténticamente *mixtos*, se puede leer que «la distinción que mantiene la jurisprudencia más reciente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual y el ámbito específico a que se reduce la aplicación de la teoría de la unidad de la culpa civil no permite su invocación con el fin de aplicar el régimen contractual a una responsabilidad nacida fuera del ámbito subjetivo del contrato».

**24.** Entretanto, una respuesta académicamente correcta pasa por no admitir que el demandante pueda elegir una u otra acción sin que ello vincule para nada al juzgador. Otra cosa es que pueda hacer valer, al amparo del art. 71.4 LECiv., una acumulación eventual de «acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada»<sup>18</sup>. Pero, escogida una acción, queda establecido el objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, y no cabe modificación ni siquiera por medio de las alegaciones complementarias a que se refiere el art. 401.2 LECiv.

## 2. Las tendencias a aproximar *moderadamente* los dos regímenes

**25.** La unificación de los plazos de prescripción en materia de responsabilidad civil extracontractual y contractual es la tendencia que se ha seguido tanto en los PECL (art. 14:201), como en el DCFR (art. III-7:201). Y que exista acercamiento en determinados aspectos no debe sorprender cuando estamos hablando de dos órbitas en las que los elementos son comunes: tres de ellos son el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución -ya se trate del reproche culpabilístico o de factores objetivos-. Y uno más es la acción u omisión dañosa, y en relación con él, desde luego hay que decir que las diferencias fenomenológicas o de partida son indiscutibles: en un caso se trata de «no dañar al prójimo» en abstracto, y en el otro, de «no dañar al concreto acreedor» a través de un incumplimiento o defectuoso cumplimiento de un contrato o relación obligatoria previa. Ni siquiera en el Código civil y comercial argentino (en vigor el 1 de agosto de 2015), donde tanto esmero ha puesto el legislador en la unificación de regímenes (arts. 1708 y ss.), ha sido posible la completa unificación: como ha dicho Bueres, se trata más de un acercamiento o aproximación que de una completa unificación<sup>19</sup>, pues en sede de valoración de la conducta, el art. 1725 toma en cuenta «la condición especial, o la facultad intelectual» cuando se trata de «contratos que suponen una confianza especial entre las partes». Ello es tanto como decir que, al menos en los contratos celebrados en los escenarios clásicos de plena autonomía de la voluntad, la evaluación de la culpa obliga a pensar en el concreto deudor de la concreta obligación que tiene que velar por los intereses confiados por el concreto acreedor. El sistema argentino es de «diversidad en la unidad», en feliz expresión de Picasso<sup>20</sup>.

---

responsabilidad civil no existe para sustituir al deudor por el asegurador, pues ello supondría aniquilar uno de los elementos de la obligación y hacer legítimo por una vía indirecta el incumplimiento de la misma. Cubrir la responsabilidad contractual no puede significar en ningún caso que el asegurador sustituya al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Lo que se cubre no es la prestación ni la contraprestación, sino el daño que el incumplimiento pueda causar. Por eso es absolutamente disparatada la SAP de La Coruña de 30 septiembre 2015 (JUR 2015, 256394), que hace asumir al asegurador la obligación de devolver al cliente los honorarios cobrados por un servicio que el abogado no llegó a prestar. Un seguro cubre indemnizaciones, no cubre precios.

<sup>18</sup> Pueden verse TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Derecho procesal», en Cavanillas Mújica y Tapia Fernández, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, ed. CEURA, Madrid, 1992, p. 181 y DOMÍNGUEZ LUELMO, «El ejercicio ante los Tribunales de las acciones de responsabilidad civil: contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras», en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, Univ. de Murcia-Editum, 2011, pp. 163, 183 y 285. En general, GASCÓN INCHAUSTI, *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, ed. La Ley, Las Rozas, 2000, pp. 11 y ss..

<sup>19</sup> BUERES, «El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?», en Herrador Guardia (coord.), *Derecho de daños*, ed. Sepin, Las Rozas, 2011, p. 818.

<sup>20</sup> PICASSO, «Responsabilidad obligacional y extracontractual», en Picasso y Sáenz, *Tratado de Derecho de daños*, t. I, ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 186.



**26.** Pero es en relación con el *quantum* donde aún quedan pasos que dar. Y el terreno de los daños corporales y morales tiene un interés enorme. Los casos comentados nos ponen ante la tesitura: ¿por qué razón el esquiador lesionado va a ser peor resarcido si su reclamación se sitúa en la vía contractual? Y si el novedoso art. 333.bis.4 C.civ. establece el derecho a la reparación del daño moral causado por la lesión o muerte del animal de compañía, ¿por qué razón se debe entender que la norma solamente va referida al daño extracontractual? ¿Por qué el dueño de ese querido caballo de carreras, muerto por la imprudencia del conductor del tractor, puede aspirar a obtener una indemnización por daños morales, pero no si quien mata al animal es el veterinario negligente al que se contrató? La tendencia a considerar el daño moral contractual se ha visto singularmente clara en los arts. 7.4.2 de los Principios UNIDROIT y 9:501 y 9:503 de los PECL, o en la segunda ley alemana de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños de 10 de mayo de 2002<sup>21</sup>.

**27.** Observemos lo sucedido en el litigio que se planteó ante aquel desgraciado suceso que tuvo lugar en una estación de Metro. El día 19 de septiembre de 1993 una joven de 31 años, fue agredida salvajemente en el interior de una estación de Metro (en lo sucesivo, «caso Metro de Barcelona»). La víctima falleció después de recorrer agonizante unos cuarenta y cinco metros en el vestíbulo de la estación sin que ninguna persona al servicio de las demandadas pudiera prestarle ayuda. Era evidente que, aunque en la estación ya se habían producido repetidamente agresiones, robos, violaciones, lesiones y asesinatos, no existían demasiadas medidas de vigilancia. El viudo, actuando en nombre propio y en representación de sus dos hijos menores, formuló demanda contra Ferrocarril Metropolitano de Barcelona S.A., y contra la entidad encargada de la seguridad de las instalaciones, al objeto de que fueran condenadas al abono de una indemnización de cuarenta millones de pesetas.

**28.** La entidad demandada opuso la prescripción de la acción, excepción que no fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia, que desestimó la demanda por otras razones. Pero ¿y si la razón hubiese sido precisamente la prescripción de la acción? Se trataba de una defensa ciertamente obscena, y de hecho, en apelación la demandada hacía valer que entre la esposa del actor y la compañía del Metropolitano no existía relación contractual alguna, por cuanto aquella había sido agredida en el vestíbulo subterráneo de la estación instantes antes de que marcara su tarjeta multiviaje en el punto de control electrónico instalado por la empresa titular de la explotación. Hay que felicitar de que la STS de 20 diciembre 2004 (RJ 2004, 8132) contuviera un extraordinario Fundamento 3º con este tenor:

«(...) ha de partirse del dato fundamental de que la agresión sufrida por la esposa del recurrente se ha producido evidentemente dentro de la órbita del contrato de transporte, servicio que en su modalidad de transporte subterráneo desarrolla en régimen de exclusiva la Compañía «Ferrocarril Metropolitano de Barcelona, S.A.», dentro del espacio territorial a que la propia denominación de la entidad se refiere.

No es sólo porque la Sra. Regina hubiese adquirido previamente un billete especial, merced al cual la demandada se comprometía a permitirle efectuar varios desplazamientos sin abono adicional de cantidad alguna y con el único requisito de reseñar en el soporte cada una de las utilizaciones que del mismo se realizaren (...).

Lo mismo podría decirse en el supuesto de que la usuaria pretendiese adquirir un billete del que anteriormente carecía, pues en uno y otro caso era imprescindible efectuar un trayecto a pie, dentro ya de las instalaciones subterráneas de la compañía ferroviaria, hasta acceder al punto en que la misma había instalado las taquillas y los aparatos de control electrónico de tarjetas o bonos multiviaje.

Es evidente que el emplazamiento de estos servicios fue realizado libremente por la empresa concesionaria y que su localización concreta pudo obedecer a variados intereses particulares de la misma absolutamente lícitos, como pudiera ser el de la conveniencia de agrupar en un determinado ámbito aquellos elementos que requieren una atención directa por personal a su servicio, y el de posibilitar la

<sup>21</sup> Se mantiene todavía el principio del § 253 BGB, de tal forma que es necesaria una disposición que expresamente prevea para el caso concreto la indemnización de los daños no patrimoniales, pero, merced a la derogación del § 847, al menos ya ha desaparecido en Alemania la exclusión de la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual

creación para su explotación comercial de locales independientes, de libre acceso a cualesquiera personas, fueran o no usuarias del servicio principal a que la estación se hallaba destinada.

Ha de recordarse, sin embargo, que **el artículo 1258 del Código Civil, dentro de su función integradora de las estipulaciones de los interesados, establece reglas de conducta de carácter imperativo, ajenas a las voluntades de aquellos, que responden a una concepción social de la función del contrato y que vienen a imponer especiales deberes de conducta** en favor de la parte más débil, ampliando el contenido obligacional expresamente pactado a aquellas otras consecuencias que, según la naturaleza del negocio, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Es incuestionable que en relaciones contractuales de la naturaleza de la que nos ocupa, entre los “deberes de protección” aludidos debe incluirse **el que incumbe a la compañía de transportes demandada de velar -sin perjuicio de las funciones de vigilancia que, realizan las Fuerzas de Seguridad en las zonas públicas- por que no sufran daño alguno las personas que, para la utilización de los servicios que aquella entidad ofrece, hayan de transitar por los espacios que forman parte de las estaciones** construidas para posibilitar la prestación de los mismos. Espacios que no comprenden solamente los de las vías y andenes, sino también aquellos que ocupan vestíbulos, pasillos, escaleras, etc.

Es decir, **la indemnidad que el usuario del transporte de personas tiene derecho a obtener durante el desarrollo del mismo no se limita a la fase en que aquel se halle ocupando el vehículo correspondiente, sino que en supuestos como el de autos, se amplía a los momentos en que tras abandonar la vía pública deba caminar durante determinado trayecto, dentro ya del recinto privado de la empresa** concesionaria para dar comienzo al desplazamiento no peatonal, y asimismo se extiende al recorrido que precise efectuar desde el punto en que abandona el medio de locomoción, hasta alcanzar la salida al exterior de las instalaciones de la entidad demandada.

### 3. El aparente obstáculo del modelo codificado

**29.** No me parece convincente que se diga que nuestro sistema solamente permite encontrar resarcimiento para los daños morales contractuales cuando la conducta del deudor ha sido dolosa. Es cierto que en caso de dolo no jugará la limitación al resarcimiento de los daños previstos o previsibles, pero eso no significa nada. ¿No es previsible que el mal estado de las instalaciones mecánicas o de las pistas de nieve puede provocar accidentes a los esquiadores con serios daños corporales y secuelas? ¿No es previsible el disgusto para los recién casados si les cancelan el vuelo transatlántico que iban a tomar para comenzar su luna de miel?

**30.** Hay una conocida sentencia que aporta luces y sombras al respecto. Se trata de la STS de 23 julio 2021 (RJ 2021, 3583), que no sólo confiere legitimación al comprador del vehículo para dirigirse por la vía contractual contra el vendedor, sino también contra el fabricante, y que además entra en el aspecto de los daños morales. Pero a mi juicio, la sentencia -que es, por lo demás, formidable- no acierta en un punto que interesa aquí sobremanera.

**31.** Desde luego, era bastante llamativa la pretensión del actor. Que nueve años después de la compra se aduzca el engaño sobre la contaminación real que había estado emitiendo el vehículo y se mezclen partidas de muy diversa naturaleza alrededor de los sentimientos de zozobra, ansiedad, angustia, pesadumbre, inquietud o fastidio provocados, y las molestias subsiguientes a tener que iniciar un litigio, y también las dudas acerca de cómo se verá afectado tras la reparación, y hasta haya referencias a la preocupación acerca de si pasará o no en lo sucesivo las preceptivas inspecciones técnicas para seguir circulando o cuál será la afectación en el impuesto de circulación... se antoja excesivo, si todo ello va acompañado de una reclamación de 11.376 euros.

**32.** Dice el Tribunal Supremo, en fin, que la cantidad es «manifestamente desproporcionada, tanto por la entidad de las implicaciones anudadas al descubrimiento del dispositivo de desactivación como, en este caso, la antigüedad del vehículo, nueve años, que necesariamente implicaba que una parte

considerable de su vida útil había ya transcurrido y que por tanto las expectativas del comprador no podían ser equiparables a las de aquellos que hubieran comprado el vehículo en un momento más cercano al del descubrimiento del fraude, por lo que los daños morales derivados de las incertidumbres a que se ha hecho referencia son necesariamente menores para el demandante». Por esta razón, la Sala considera razonable establecer una modesta indemnización de quinientos euros, algo más de 22 veces menos de lo solicitado en la demanda.

**33.** Hasta aquí, nada que objetar. Pero es que, de ser así, la razón sería, a mi juicio, otra bien distinta a la manejada por el Alto Tribunal. Y es que la sentencia dice que en términos generales, no existe imputación objetiva entre el incumplimiento de un contrato y el daño moral, pues en el contrato no se tomó en consideración la vulneración de bienes de la personalidad (vgr., la integridad moral, la dignidad o la libertad personal) y no se puede entonces tener en cuenta este tipo de daños conforme al criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad (norma que, en este caso, no es otra que el contrato). Pero a continuación el Tribunal añade que en el caso, al haber existido un incumplimiento doloso, la imputabilidad se amplía con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1107, p<sup>o</sup> 2<sup>o</sup> C.civ.: «En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

**34.** En mi opinión, siendo cierto que en el incumplimiento doloso se debe indemnizar por todos los daños que se deriven de la falta de cumplimiento, ello no significa necesariamente que si el incumplimiento no es doloso no quepa hablar de daños morales. Desde luego, «*todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento*» (p<sup>o</sup> 2<sup>a</sup>) son, obviamente, más que los daños «*previstos o que hubieran podido preverse*» (p<sup>o</sup> 1<sup>o</sup>). Pero que la diferencia esté en que en el p<sup>o</sup> 2<sup>o</sup> caben los daños morales porque la norma fundamentadora de la responsabilidad se *alarga* como criterio de imputación, no es necesariamente cierto.

**35.** Las afirmaciones de la sentencia invitan a pensar que el deudor no doloso no responde de más daños morales que los que hubieran sido previstos o hubieran resultado previsibles al tiempo de constituirse la obligación. Creo que no es así, aunque es cierto que la STS de 23 julio 2021 se apoya en la de 15 julio 2010, varios de cuyos párrafos reproduce, con cita de los Principios Europeos del Derecho de Contratos (PECL). A mi entender, ambas sentencias dicen más de lo que quieren decir. Está claro que en el caso de incumplimiento doloso de un contrato, la imputabilidad resulta ampliada, y cierto también que por ello no puede el juez limitar el alcance de la responsabilidad.

**36.** En efecto, en el artículo 9:501 PECL se reconoce al perjudicado un derecho a ser indemnizado por los daños sufridos, lo que incluye las pérdidas no pecuniarias. Lo que no dice el precepto es que para ello es necesario que el incumplimiento no sea doloso. Y, el artículo 9:503, al estilo de lo que vemos en el artículo 1107, p<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> C.civ., dice que «[l]a parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente». Pero eso solo significa que el deudor doloso (dejemos ahora al gravemente negligente) responde más allá de lo previsto o que hubiera podido preverse, una limitación que solamente juega para el incumplidor no doloso.

**37.** La diferencia no está entonces en que en un caso no quepa el daño moral y en el otro sí. Ciertamente, en el caso que terminó con la STS de 15 de junio de 2010 había dolo, y se admitió la indemnización por los daños morales causados en la vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar, por consecuencia del cierre de una empresa, motivada a su vez por el engaño en la venta de unas participaciones societarias. Pero eso no significa que si no existe dolo no cabe el daño moral, ni tampoco que, si cupiera el daño moral, éste tendría que calificarse como extracontractual. Los contratos no obligan solo «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» (artículo 1258 C.civ.), como repetidamente vengo recordando.

**38.** La norma fundamentadora de la responsabilidad es, en fin, el contrato y *su atmósfera natural*. Y, llegado el caso, las consecuencias del incumplimiento deben incluir el daño moral, haya dolo o no lo haya. No compartiré, por ejemplo, la idea de que los daños en bienes de la personalidad no forman parte nunca de los previstos o previsibles por las partes cuando contrataron, y me parece muy forzado mantener que es el dolo lo que permite ampliar el perímetro protegido por el contrato o el conjunto y tipología de los bienes y derechos. Lo que sucede es que en caso de dolo es más fácil apreciar tal ampliación.

**39.** Dentro de la tipología del daño, existen, en fin, los daños morales derivados del contrato. Resultó ejemplar (por lo novedoso que fue el argumento en aquel tiempo) la STS de 9 mayo 1984 (RJ 1984, 2403), que admite el daño moral por el incumplimiento de un contrato de suplemento publicitario, y que lo hace entendiendo también que a veces los daños se prueban *in re ipsa* porque el incumplimiento deja ver «un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1258 del Código civil». Como también son modélicas las SSTS de 23 marzo 1988 («caso Baqueira») y 20 diciembre 2004 («caso Metro de Barcelona»).

**40.** No se puede insinuar que el pº 2º del art. 1107 es la única vía para reconocer la viabilidad del daño moral derivado de contrato, porque no hace falta que exista dolo en el incumplimiento para que el daño sea indemnizable. Al recaer sobre bienes distintos de aquel que componía el objeto de la obligación asumida por el deudor, serán daños *extrínsecos*, pero no por ello *extracontractuales*. Que el deudor haya tenido conciencia y voluntad de incumplir o haya sido simplemente negligente es otra cosa.

#### IV. Conclusión

**41.** Una recta interpretación de los preceptos de los Códigos civiles debería conducir al explícito reconocimiento de que los daños morales derivados del del incumplimiento de un contrato pueden ser resarcidos con mecanismos contractuales. De momento, y mientras la ley no lo exprese, a la misma conclusión debería conducir la interpretación de las normas codificadas. La idea está clara en los Principios UNIDROIT.