

## Daño moral y prueba pericial en la responsabilidad civil por perturbación de derechos reales

Gonzalo Iturmendi Morales  
Abogado



### SUMARIO

1. **Introducción**
2. **Perturbaciones ilegítimas de derechos reales causantes de daño moral**
3. **Aproximación normativa de algunas manifestaciones del daño moral**
4. **Responsabilidad civil por daño moral a partir de la perturbación del derecho real**
  - 4.1 Precisiones previas
  - 4.2 ¿Cuándo hay que responder?
    - 4.2.1 Daños morales por intromisión ilegítima en los derechos reales



#### 4.2.2 Nexo de causalidad

#### 4.2.3 Causalidad adecuada

#### 4.2.4 Interrupción del nexo de causalidad

#### 4.2.5 Insuficiencia de las simples conjeturas para apreciar el nexo de causalidad

### 5. Prueba pericial del daño moral originado por intromisiones ilegítimas en derechos reales y defectos de la construcción

## 6. Conclusiones

### 1. Introducción

Relacionar los **derechos reales y los daños patrimoniales** con el **daño moral**, nos obliga a establecer primeramente criterios que permitan discernir con rigor cuando se produce con suficiente relevancia la inquietud, la pesadumbre y el impacto emocional generador de un auténtico daño moral a raíz de títulos de imputación de responsabilidad de nacen de intromisiones ilegítimas en los derechos reales o bien en los defectos constructivos. Establecidos estos criterios aún queda otra labor, la de su valoración<sup>1</sup> con criterios objetivos, auditables y transparentes que garanticen la equanimidad de las resoluciones judiciales.

Al repararse el daño moral no se atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que se proporciona una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, en unos casos y en otros supuestos a la compensación económica por el menoscabo de la dignidad de la persona y de los derechos inherentes a la misma.

Resulta llamativo la práctica habitual de no llevar a cabo prueba pericial del daño moral reclama-

do tendente a acreditar la existencia del mismo, por lo que en una ocasiones procede su total desestimación y en otras se estima sobre la base de la constatación previa de unos hechos que afectan a la esfera patrimonial y de los derechos reales, de los que se presumen aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, son traducibles en la esfera económica.

El auténtico daño moral no implica repercusión económica, no se habla de reparación, sino de indemnización compensatoria por vía de sustitución. Surge entonces una doble dificultad pericial, por un lado la determinación de la relevancia del hecho motivador como para poder hablar de indemnización por daño moral y seguidamente la posibilidad o no de utilizar parámetros o módulos objetivos en su valoración. A priori al escapar, por su naturaleza a una objetivación mensurable, su cuantificación viene moviéndose dentro de una ponderación razonable, situándose en el plano de la equidad y en una prudente consideración de las circunstancias acontecidas, pero cabe preguntarse si ésta solu-

<sup>1</sup> En nuestro trabajo no nos referimos a la valoración de los derechos reales propiamente dicha sino a la valoración del daño extramatrimonial derivada del previo daño patrimonial en aquellos derechos. Sobre valoración inmobiliaria véase: Valoraciones inmobiliarias: fundamentos teóricos y manual práctico (D.L. 2003). LLANO ELCID, ANTONIO. Marbella: Llano, D.L. 2003; en cuyo estudio se aborda los fundamentos teóricos de la valoración inmobiliaria: valoración inmobiliaria, valor de un bien inmueble, bienes inmuebles y derechos reales, unidades monetarias y de superficie, momentos determinados, finalidad (clasificación de las valoraciones, tipos de valoraciones inmobiliarias, principios de la valoración inmobiliaria, formación de precios de los inmuebles en España, criterios fundamentales para la valoración de inmuebles, métodos de valoración, fórmulas generales de valoración, conceptos empleados), métodos de valoración, métodos de comparación, métodos de capitalización de rentas, método del coste, método residual, aplicación de los distintos métodos de valoración, valoraciones administrativas, catastrales y urbanísticas. Y finalmente la Valoración de los derechos reales propiamente dichos

ción es la idónea en todos los casos y cuál es el papel de la prueba pericial en este ámbito.

Sabido es –como recoge la STS 2 abril de 2004–, que aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código Civil, tiene adecuado encaje en exégesis de ese amplísimo «reparar el daño causado» que emplea el artículo 1902, como tiene declarado el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 6 de diciembre de 1912; 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 por la jurisprudencia.

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 allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del «lucro cesans» y/o del «damnum emergens», la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento

moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (Sentencias de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984<sup>2</sup>).

Por lo que hace a la valoración del daño<sup>3</sup> se ha venido manteniendo que lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (S. 23 julio 1990, 29 enero 1993, 9 diciembre 1994 y 21 junio 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes<sup>4</sup>, como destacan las Sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (S. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte<sup>5</sup>, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «in re ipsa loquitur», o cuando se da una situación de notoriedad (SS. 15 febrero 1994, 21 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria.

Proponemos realizar una aproximación metodológica normativa y estudio jurisprudencial del daño moral a partir de títulos de imputación de responsabilidad patrimonial. Para ello centramos nuestra atención, en la intromisión ilegítima en los derechos reales y patrimoniales, como hecho ge-

<sup>2</sup> "No cabe duda que el extravío de la muestra estirpada a la paciente le ha producido un importante trastorno de orden psicológico; en efecto extraviada la muestra no se han podido hacer las pruebas necesarias a fin de determinar si lo extraído era de componente benigno o maligno, ello lleva directamente una situación de desazón manifestada por la posibilidad de padecer una peligrosa enfermedad sin saberlo; pero es que a mayor abundamiento no habiéndose podido practicar las pruebas de anatomía patológica y sin poder establecerse un diagnóstico preciso podría haberse dado la circunstancia, al final no producida que la demandante padeciera una enfermedad de carácter grave y durante un periodo de tiempo no se haya podido tratar de la misma por lo que la existencia de los daños morales evidenciados por ese sufrir psicológico del paciente que se produce aunque cuando no se tenga una personalidad hipocondríaca se han producido". Sentencia Audiencia Provincial núm. 600/2004 Madrid (Sección 18), de 29 septiembre. Recurso de Apelación núm. 587/2003. Ponente: Sr. D. Pedro Pozuelo Pérez.

<sup>3</sup> LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, MIGUEL. La Prueba pericial: guía práctica y jurisprudencia (2004). -Madrid: COLEX, 2004.

<sup>4</sup> LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, MIGUEL. La Prueba pericial: guía práctica y jurisprudencia (1995). -Madrid: COLEX, 1995.

<sup>5</sup> CRIADO DEL RÍO, M<sup>a</sup> TERESA. Propuesta de modelo de informes médico legales de valoración de daños personales en los ámbitos laboral y civil. En: Cuadernos de valoración. -Madrid: Sociedad Española de Valoración del Daño Corporal. -nº 1, Diciembre 2003; p. 23-27. También, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA FRANCISCA. Manual práctico de la prueba pericial médica: examen de antecedentes, extremos de proposición, práctica y... (2000). Granada: Comares, 2000. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, PEDRO M<sup>a</sup>, La Peritación como medio de prueba en el proceso civil español (D.L. 1999). -Pamplona: Aranzadi, D.L. 1999.



nerador del daño moral, causa de imputación de la que nace la responsabilidad.

La ponencia tiene un objetivo científico y un objetivo práctico. El primero **es conocer mejor los factores periciales implicados en el hecho motivador del daño moral** que produce el estado del perjudicado en el triple ámbito personal, familiar y socio-laboral. El segundo consiste en la **búsqueda de un patrón que permita reconocer un mínimo de cohesión interna en los pronunciamientos judiciales sobre esta materia, a fin de establecer las bases metodológicas de una técnica pericial que proporcione garantías de coherencia y previsibilidad de las futuras resoluciones jurisdiccio-**

**nales.** Precisamos, al fin, establecer unas pautas que posibiliten el examen pericial completo de los hechos relevantes, su análisis correcto y los razonamientos lógicos con arreglo a la ciencia, en materia de daño moral derivado del previo daño patrimonial, una prueba basada en hechos probados y contrastables, con conclusiones claras, concisas y estar bien motivadas.

La doctrina científica<sup>6</sup> ha abordado el problema del daño moral desde el punto de vista de su origen histórico, clasificación, valoración económica, aseguramiento, etc., en contraposición con la escasa práctica de la prueba pericial en materia psicológica<sup>7</sup> cuando se produce la intromisión en los derechos reales.

<sup>6</sup> ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, Daño moral: concepto y requisitos. Prueba del daño. Daño moral y responsabilidad por incumplimiento contractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Civitas) Revista N.º: 54 Fecha de Publicación: Octubre-Diciembre 2000. ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Civitas) Revista N.º: 54 Fecha de Publicación: Octubre-Diciembre 2000. CASAS PLANES, MARÍA DOLORES, Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico, derivado de actuaciones judiciales y del funcionamiento anormal de la Administración Pública. Diario La Ley, N.º 6697, 20 Abr. 2007, Año XXVIII, Ref. D-97, Editorial LA LEY. MACÍAS CASTILLO, AGUSTÍN, Daño moral y lucro cesante Actualidad Civil, Sección: Fundamentos de Casación, Págs: 2714 a 2717. N.º de Págs.: 4 Revista N.º: 22 Fecha de Publicación: Quincena del 16 al 31 Dic. 2006 Tomo: 2. GARCÍA VARELA, ROMÁN, El incumplimiento contractual y el daño moral, Diario La Ley-Diario La Ley, N.º 6440, 14 Mar. 2006, Año XXVII, Ref. D-69, Editorial LA LEY. IGARTUA ARREGUI, FERNANDO, Daño moral contractual. Reconocimiento en sentencia apelada. Daño y perjuicios e incumplimiento de contrato. Frustración de las expectativas basadas en el contrato. Lesión a la permanencia en el ejercicio de una actividad. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Revista N.º: 5 Fecha de Publicación: Abril-Agosto 1984. IGARTUA ARREGUI, FERNANDO, Derecho a la intimidad: límites. Derecho a la imagen. Indemnización del daño moral. Incongruencia. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Revista N.º: 12 Fecha de Publicación: Septiembre-Diciembre 1986. AGUSTÍN CALVO, MARÍA GRACIELA, La valoración judicial en la indemnización por daño moral. Revista General de Derecho, Revista N.º: 610 Fecha de Publicación: Julio-Agosto 1995. VICENTE DOMINGO, ELENA, Responsabilidad civil extracontractual. Daño personal. Daño moral. Valoración. Legitimación de la madre. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Revista N.º: 35 Fecha de Publicación: Abril-Agosto 1994. BELLÓN MOLINA, FRANCISCO ANTONIO, La condena a indemnizar los perjuicios causados, en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral. Actualidad Civil, Sección: Doctrina Página: 391, Fecha de Publicación: 1998, Ref.: XVIII, Tomo: 2. -MARCOS OYARZUN, FRANCISCO JAVIER. Daño moral, objeto y reparación integral en supuestos de responsabilidad administrativa Revista de Estudios Locales Revista de Estudios Locales (CUNAL) (Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local), Sección: Comentario Jurisprudencial Página: 53, Revista N.º: 50 Fecha de Publicación: Octubre 2001. CRISTOBAL MONTES, ANGEL, El daño moral contractual, Revista de Derecho Privado (Edersa), Fecha de Publicación: 1990. PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ANGELES, TS 19 de junio de 1990: Responsabilidad civil médico-sanitaria. Derecho a la protección de la salud. Daño moral. Relación de causalidad. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Civitas) Revista N.º: 24 Fecha de Publicación: Septiembre-Diciembre 1990. GARCIA RUBIO, MARIA PAZ, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1998: Nacimiento de un niño no querido. Daño resarcible. Daño patrimonial. Daño moral. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Civitas), Revista N.º: 48 Fecha de Publicación: Septiembre-Diciembre 1998. QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, Apuntes sobre la responsabilidad civil del facultativo por denegación de asistencia médica, Diario La Ley, N.º 6226, 7 Abr. 2005, Ref. D-80, Editorial LA LEY. SOTO NIETO, FRANCISCO, Daños derivados de negligencia médica. Tendencia progresiva hacia el establecimiento de un sistema de baremos. Diario La Ley, 1995, pág. 826, Tomo 2, Editorial LA LEY. MARTÍN CASALS, MIGUEL, Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception), Diario La Ley, 2001, Ref. D-45, Tomo 2, Editorial LA LEY. GONZÁLEZ MIRASOL, PABLO, Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica, Diario La Ley, N.º 6326, 26 Sep. 2005, Ref. D-213, Editorial LA LEY. EMALDI CIRIÓN, AITZIBER, La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos. Diario La Ley, 2001, Ref. D-142, Tomo 5, Editorial LA LEY. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, GEMA, La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil. Diario La Ley, 1998, Ref. D-168, Tomo 3, Editorial LA LEY. PALOU BRETONES, ANTONIO, Responsabilidad del personal sanitario, Diario La Ley, 1999, Ref. D-313, Tomo 6, Editorial LA LEY. -SOTO NIETO, FRANCISCO, Valoración del perjuicio estético, Diario La Ley, N.º 5523, 15 Abr. 2002, Año XXIII, Ref. D-102, pág. 1820, Tomo 3, Editorial LA LEY. BAÑEGIL ESPINOSA, ADOLFO, Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica, Actualidad Civil Sección: Doctrina, Página: 143, Fecha de Publicación: 1997. URBANO CASTRILLO, EDUARDO DE, La responsabilidad médica por el resultado: el caso de los odontólogos, Diario La Ley, N.º 6880, 11 Feb. 2008, Año XXIX, Ref. D-39, Editorial LA LEY. DÍAZ MARTÍNEZ, ANA, Daños causados en la investigación biomédica y la realización de estudios genéticos: conductas y omisiones determinantes de responsabilidad y resarcimiento, Diario La Ley, N.º 6782, 19 Sep. 2007, Año XXVIII, Ref. D-197, Editorial LA LEY. RIVES SEVA, JOSÉ MARÍA, Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de derecho sustantivo y procesal en la materia, Diario La Ley, N.º 6011, 5 May. 2004, Año XXV, Ref. D-103, Editorial LA LEY. MEDINA CRESPO, MARIANO Daños corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo, Ed. DYKINSON, Madrid, 2003.

<sup>7</sup> Peritaje psicológico en procedimientos civiles y laborales (D.L.1998) Madrid: Fundación Universidad Empresa, D.L. 1998.

Analizaremos este problema desde el punto de vista del título de imputación de responsabilidad, sin intuir al inicio del análisis –exactamente– a donde nos puede llevar. Nos preguntamos si existe o no un orden natural o una pauta en la causa de imputación de la responsabilidad, en suma, una coherencia en las resoluciones judiciales que vincule la intromisión ilegítima de los derechos reales y patrimoniales con el daño moral.

En esta doble aproximación para el estudio problema, en primer lugar abordaremos el necesario estudio normativo, en la medida en que exista protección normativa expresa por parte del legislador y a continuación su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales. A la hora de establecer un criterio orientador para recorrer en el marasmo de resoluciones judiciales existentes, hemos centrado nuestra atención en **los títulos de imputación de responsabilidad basados en intromisiones indebidas en derechos reales, en la que concurre el daño moral**, auténtica causa de imputación por la que nace la responsabilidad.

## 2. Perturbaciones ilegítimas de derechos reales causantes de daño moral

Desde el punto de vista conceptual **los derechos reales**, a diferencia de los derechos personales o de obligaciones, **se caracterizan** porque otorgan a su titular la capacidad, facultad o potes-

tad sobre una cosa, al fin, un derecho subjetivo que implica la inmediata dominación sobre una cosa frente a terceros<sup>8</sup>.

Los derechos reales –en la mayor parte de los casos– se pueden reponer total o parcialmente, pudiéndose valorar económicamente –para el caso de su pérdida, destrucción o imposibilidad de ejercicio– siguiendo distintos métodos de evaluación, tales como los métodos de comparación, métodos de capitalización de rentas, método del coste, método residual, valoraciones administrativas, catastrales, urbanísticas, etc.

Incluso es conocida perfectamente la doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de «*numerus apertus*»<sup>9</sup> que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. La autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un **deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado**<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Lo definía GONZALO DE LAS CASAS, JOSÉ, en El Diccionario General del Notariado de España, como: "El inherente a la cosa y la persigue a donde quiera que se encuentre", Imprenta de la biblioteca del notariado, Madrid 1855, Tomo IV, pág. 73.

<sup>9</sup> Aunque con límites, ya que caben pactos que alteren el contenido típico de los derechos reales (arts. 392, 467 y 470 del Código civil y art. 7 del Reglamento Hipotecario). Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo 2009 deniega la inscripción de un acta de solicitud de nota marginal respecto a la afección de una finca al cumplimiento de la finalidad de una subvención. Para que un derecho se considere derecho real es preciso que la figura que se cree reúna las características propias de un derecho real, y si se trata de una figura nueva, máxime si se trata de algún tipo nuevo de garantía carente de regulación legal, es preciso que se regulen todas las consecuencias que dicha garantía comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura. Aunque la figura que se constituye en el caso no es totalmente atípica, pues viene establecida en la Ley General de Subvenciones, sin embargo, su artículo 31.4 b) dice que el bien quedará afecto «al pago del reintegro cualquiera que sea su poseedor salvo que resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral», y lo no se regula en dicha Ley es una figura específica que sirva para, mediante la constancia registral de la afección, evitar que surja dicho tercero.

<sup>10</sup> Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 25 Abr. 2005: "Del análisis del elevado número de resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión, puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real no ha recibido sanción legal hasta la reciente legislación catalana), las situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales; por otra parte, respecto de los derechos reales típicos, y singularmente de los de goce, la autonomía de la voluntad ha ido más bien encaminada a perfilar determinadas características del paradigma legal".



Por tanto, podemos resumir las características de los derechos reales en la inmediatidad del poder de su titular sobre la cosa, que le permite usarla y servirse de ella como dueño, sin perjuicio de las limitaciones que el ordenamiento jurídico imponga a su titular, por ejemplo, con motivo de planes urbanísticos que impidan el aprovechamiento ilimitado de un solar. Siendo esa facultad erga omnes, implica desde la perspectiva de los demás, la obligación de abstención de cualquier extraño a acceder sin consentimiento del titular del derecho real. Además, son derechos especialmente protegidos mediante el ejercicio de otros derechos, como son los llamamos derechos de preferencia y persecución, que refuerzan la posición del titular del derecho real frente a los titulares de otros de-

rechos que invocan la protección del ordenamiento jurídico.

A la hora de clasificar los derechos reales CAS-TÁN distinguió entre derechos reales que recaen sobre cosas materiales y derechos reales sobre bienes inmateriales. "A su vez –siguiendo la clasificación de MALDONADO–, los derechos reales sobre cosas corporales pueden ser de protección provisoria (**posesión**<sup>11</sup>) o de protección perfecta y definitiva. Estos últimos se dividen a su vez en derecho real pleno (**dominio**<sup>12</sup>) y derechos reales restringidos o limitativos del dominio. El dominio, a su vez puede ser de un solo sujeto o de varios, formando en este último caso las diversas formas de **copropiedad**. Por su parte los derechos reales

<sup>11</sup> Véase sobre daño moral en derecho de posesión de vivienda: SAP Cádiz (Sección 1ª), de 3 noviembre 2000 (JUR 2001, 46761). SAP Burgos núm. 299/2005 (Sección 2ª), de 31 mayo (JUR 2005, 221550). SAP Valladolid, Sección 3ª, Sentencia de 27 Nov. 2008, rec. 232/2008. SAP La Rioja núm. 297/2006 (Sección 1), de 11 octubre (JUR 2006, 278309). SAP Asturias núm. 494/2000 (Sección 5ª), de 14 septiembre (JUR 2000, 299957). SAP La Coruña núm. 126/2000 (Sección 6ª), de 15 junio (JUR 2001, 37193). SAP Pontevedra, Sección 6ª, Sentencia de 6 Nov. 2008, rec. 3100/2007. SAP Madrid, Sección 14ª, Sentencia de 28 Oct. 2008, rec. 427/2008. SAP Asturias, Sección 4ª, Sentencia de 10 Abr. 2006, rec. 90/2006.

<sup>12</sup> Daños en vivienda: SAP Zamora núm. 79/2001, de 6 marzo (JUR 2001, 150444). SAP Barcelona (Sección 16ª), de 28 junio 2000 (JUR 2000, 284507). SAP Barcelona (Sección 13ª), de 30 junio 2000 (JUR 2000, 305461). SAP La Rioja núm. 377/2006 (Sección 1), de 27 diciembre (JUR 2007, 104724). SAP León núm. 80/2006 (Sección 3ª), de 7 abril (JUR 2006, 159522). SAP Álava núm. 134/2001 (Sección 1ª), de 16 mayo (JUR 2001, 303069). SAP Ciudad Real núm. 245/2005 (Sección 1ª), de 30 septiembre (JUR 2006, 11700). SAP Las Palmas núm. 520/2000 (Sección 4ª), de 15 septiembre (JUR 2001, 91321). SAP Murcia núm. 377/2000 (Sección 1ª), de 18 septiembre (JUR 2001, 17412). SAP Barcelona núm. 121/2006 (Sección 16), de 16 marzo (JUR 2006, 231713). SAP Jaén núm. 148/2001 (Sección 2ª), de 27 febrero (AC 2001, 1160). SAP Murcia núm. 138/2006 (Sección 4ª), de 17 mayo (JUR 2006, 187896). SAP Valencia núm. 278/2004 (Sección 11ª), de 21 mayo (JUR 2005, 11007). SAP Asturias núm. 587/2000 (Sección 5ª), de 27 octubre (JUR 2001, 27035). SAP Barcelona (Sección 16ª), de 24 abril 2001 (JUR 2001, 215279). SAP Segovia núm. 20/2003 (Sección Única), de 6 marzo (JUR 2003, 141876). SAP Alicante, Sección 8ª, Sentencia de 1 Dic. 2008, rec. 345/2008. SAP Madrid, Sección 19ª, Sentencia de 23 Ene. 2009, rec. 751/2008. Daños en el jardín y huerto. SAP Barcelona (Sección 14ª), de 7 mayo 2003 (JUR 2003, 254443). Desalojo temporal. SAP Salamanca núm. 179/2006 (Sección 1), de 10 abril (JUR 2006, 249362). SAP Badajoz núm. 15/2005 (Sección 2ª), de 25 enero (JUR 2005, 98086). SAP Madrid núm. 27/2005 (Sección 18ª), de 14 enero (JUR 2005, 55159). SAP La Rioja núm. 297/2006 (Sección 1), de 11 octubre (JUR 2006, 278309). SAP Alicante núm. 473/2002 (Sección 7ª), de 18 septiembre (JUR 2002, 264204). SAP Madrid núm. 404/2005 (Sección 14ª), de 26 mayo (JUR 2005, 177458). SAP Salamanca núm. 36/2006 (Sección 1ª), de 30 enero (JUR 2006, 105666). SAP Barcelona núm. 170/2006 (Sección 16), de 12 abril (JUR 2006, 236905). SAP Cantabria núm. 610/2005 (Sección 2ª), de 23 diciembre (JUR 2006, 27228). SAP La Coruña núm. 258/2005 (Sección 6ª), de 27 mayo (JUR 2006, 93863). SAP Zamora núm. 310/2004 (Sección 1ª), de 11 noviembre (JUR 2004, 312647). SAP Madrid núm. 662/2006 (Sección 14), de 7 noviembre (JUR 2007, 53206). SAP Burgos núm. 569/2001 (Sección 2ª), de 10 octubre (JUR 2001, 330115). SAP Palencia núm. 124/2004 (Sección 1ª), de 20 abril (JUR 2004, 214649). SAP Cádiz núm. 368/2002 (Sección 7ª), de 23 septiembre (JUR 2002, 282026). SAP Valencia núm. 198/2004 (Sección 7ª), de 7 abril (JUR 2004, 171442). AAP Madrid núm. 182/2006 (Sección 19), de 7 junio (JUR 2007, 11237). SAP Asturias núm. 353/2004 (Sección 6ª), de 25 octubre (JUR 2004, 291582). SAP Huesca núm. 60/2003 (Sección Única), de 27 febrero (JUR 2003, 85653). AAP León (Sección 2ª), de 29 enero 2001 (JUR 2001, 122420). SAP La Coruña núm. 202/2003 (Sección 4ª), de 24 julio (AC 2003, 1546). SAP Sevilla núm. 85/2006 (Sección 2ª), de 6 marzo (JUR 2006, 196382). SAP Sevilla núm. 501/2004 (Sección 5ª), de 7 octubre (JUR 2005, 70113). SAP Asturias núm. 170/2003 (Sección 6ª), de 7 abril (JUR 2003, 210330). SAP Madrid núm. 662/2006 (Sección 14), de 7 noviembre (JUR 2007, 53206). SAP Valladolid núm. 37/2004 (Sección 1ª), de 29 enero (JUR 2004, 81134). SAP Madrid núm. 742/2003 (Sección 9ª), de 29 noviembre (JUR 2004, 89336). SAP Asturias núm. 421/2002 (Sección 6ª), de 7 octubre (JUR 2003, 9844). SAP Asturias núm. 105/2003 (Sección 4ª), de 4 marzo (AC 2003, 773). AAP León núm. 54/2004 (Sección 3ª), de 20 julio (JUR 2004, 256178). SAP Barcelona núm. 67/2005 (Sección 11ª), de 2 febrero (JUR 2005, 81199). SAP Navarra núm. 60/2003 (Sección 1ª), de 12 marzo (JUR 2003, 117510). SAP Tarragona núm. 455/2005 (Sección 1ª), de 25 octubre (JUR 2006, 81051). SAP Madrid núm. 69/2006 (Sección 18ª), de 1 febrero (JUR 2006, 100068). SAP Asturias núm. 477/2002 (Sección 4ª), de 21 octubre (JUR 2003, 11691). SAP Badajoz núm. 203/2004 (Sección 2ª), de 1 septiembre (JUR 2004, 274883). SAP Córdoba núm. 75/2002 (Sección 2ª), de 1 abril (JUR 2002, 152909). SAP Badajoz núm. 76/2004 (Sección 2ª), de 15 abril (JUR 2004, 306291). SAP Orense núm. 207/2001 (Sección 2ª), de 11 junio (JUR 2001, 237312). SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 21/2006 (Sección 4), de 23 enero (AC 2006, 658). SAP Zamora núm. 112/2004 (Sección 1ª), de 29 marzo (JUR 2004, 128669). SAP Girona núm. 9/2005 (Sección 1ª), de 18 enero (JUR 2005, 64020). SAP Baleares núm. 244/2003 (Sección 3ª), de 14 abril (JUR 2003, 228506). SAP Baleares núm. 13/2004 (Sección 5ª), de 22 enero (JUR 2004, 80532). SAP Cantabria núm. 219/2004 (Sección 1ª), de 29 abril (JUR 2004, 174639). SAP La Coruña núm. 172/2002 (Sección 4ª), de 7 mayo (JUR 2002, 203902). SAP Pontevedra núm. 382/2006 (Sección 1), de 28 junio (JUR 2006, 240396). AAP Gipuzkoa núm. 155/2006 (Sección 3), de 12 abril (JUR 2006, 194712). SAP Álava núm. 112/2005

restringidos pueden ser **de goce, de garantía o de adquisición**. Los derechos reales de goce se dividen a su vez en derechos reales temporales sobre cosas muebles e inmuebles (derechos **de usufructo, uso y habitación**<sup>13</sup>) y derechos reales inmobiliarios. Estos últimos pueden ser de duración indefinida o de duración no prefijada. Entre los primeros están las **servidumbres<sup>14</sup> reales o prediales, los censos, los foros y el derecho de superficie**. Los de duración no prefijada son las

**servidumbres personales**. En cuanto a los derechos reales restringidos de garantía, estos pueden ser de garantía mobiliaria (**prenda e hipoteca mobiliaria**), de garantía inmobiliaria (**hipoteca y anticresis**) y de retención (derecho de retención). Finalmente los derechos reales restringidos de adquisición son el retracto, el tanteo y la opción<sup>15</sup>.

Lo cierto es que las relaciones de vecindad en la sociedad moderna cada vez son más comple-

(Sección 2ª), de 21 julio (JUR 2005, 233350). SAP Alicante núm. 466/2005 (Sección 8ª), de 17 noviembre (JUR 2006, 97426). SAP Almería núm. 64/2001 (Sección 2ª), de 19 febrero (AC 2001, 1140). SAP Asturias núm. 123/2004 (Sección 4ª), de 15 marzo (JUR 2004, 129409). SAP Asturias núm. 203/2004 (Sección 5ª), de 9 junio (JUR 2004, 179727). SAP Asturias núm. 354/2001 (Sección 6ª), de 18 junio (JUR 2001, 238242). SAP Asturias núm. 360/2004 (Sección 5ª), de 20 octubre (JUR 2004, 291843). SAP Asturias núm. 471/2003 (Sección 1ª), de 3 diciembre (JUR 2004, 37001). SAP Barcelona (Sección 16ª), de 11 febrero 2002 (JUR 2002, 135515). SAP Cáceres núm. 103/2002 (Sección 2ª), de 22 abril (JUR 2002, 184628). SAP Cádiz núm. 161/2002 (Sección 8ª), de 10 abril (JUR 2002, 164849). SAP Ciudad Real núm. 96/2005 (Sección 2ª), de 5 abril (JUR 2005, 99759). SAP Córdoba núm. 200/2005 (Sección 3ª), de 17 octubre (JUR 2006, 143661). SAP Córdoba núm. 385/2003 (Sección 1ª), de 30 julio (JUR 2003, 220477). SAP La Coruña núm. 65/2000 (Sección 4ª), de 18 febrero (JUR 2000, 195316). SAP León núm. 238/2003 (Sección 2ª), de 27 junio (JUR 2004, 11632). SAP Murcia núm. 137/2004 (Sección 2ª), de 6 mayo (JUR 2004, 306267). SAP Murcia núm. 26/2004 (Sección 5ª), de 3 febrero (JUR 2004, 117168). SAP Murcia núm. 284/2005 (Sección 2ª), de 31 octubre (JUR 2006, 190261). SAP Murcia núm. 426/2006 (Sección 1), de 27 noviembre (JUR 2007, 14088). SAP Navarra núm. 293/2001 (Sección 1ª), de 22 noviembre (JUR 2002, 42821). SAP Pontevedra (Sección 6ª), de 23 enero 2003 (JUR 2003, 109435). SAP Salamanca núm. 163/2005 (Sección 1ª), de 13 abril (JUR 2005, 129912). SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 444/2002 (Sección 3ª), de 28 junio (JUR 2002, 226831). SAP Sevilla (Sección 8ª), de 21 julio 2004 (JUR 2004, 256151). SAP Sevilla núm. 496/2000 (Sección 2ª), de 16 junio (JUR 2000, 283534). SAP Sevilla núm. 821/2000 (Sección 2ª), de 5 octubre (JUR 2001, 58412). SAP Valencia núm. 202/2003 (Sección 7ª), de 25 marzo (JUR 2003, 137292). SAP Valencia núm. 22/2005 (Sección 7ª), de 19 enero (JUR 2005, 71404). SAP Valencia núm. 880/2000 (Sección 7ª), de 8 noviembre (JUR 2001, 61081). SAP Murcia núm. 487/2001 (Sección 1ª), de 25 octubre (JUR 2002, 39759). SAP Pontevedra núm. 325/2001 (Sección 2ª), de 23 noviembre (JUR 2002, 54748). SAP Ciudad Real núm. 72/2006 (Sección 1ª), de 1 marzo (JUR 2006, 104490). SAP Girona núm. 533/2001 (Sección 1ª), de 9 noviembre (JUR 2002, 31731). SAP Guadalajara núm. 212/2005 (Sección 1ª), de 7 octubre (JUR 2006, 11500). SAP Badajoz núm. 513/2003 (Sección 3ª), de 9 octubre (JUR 2004, 48563). SAP Córdoba núm. 96/2001 (Sección 3ª), de 14 mayo (JUR 2001, 213371). SAP Barcelona núm. 43/2004 (Sección 1ª), de 28 enero (JUR 2004, 53971). SAP Sevilla núm. 83/2006 (Sección 8ª), de 20 febrero (JUR 2006, 199746). SAP Asturias núm. 218/2006 (Sección 6), de 5 junio (JUR 2006, 226376). SAP Zaragoza núm. 211/2005 (Sección 4ª), de 22 abril (JUR 2005, 134338). SAP Madrid (Sección 20ª), de 31 enero 2002 (JUR 2003, 40432). SAP Málaga núm. 622/2003 (Sección 5ª), de 28 julio (JUR 2003, 225990). Humedades. SAP León núm. 113/2004 (Sección 2ª), de 29 abril (JUR 2004, 147908). SAP Valencia núm. 411/2003 (Sección 6ª), de 7 junio (AC 2004, 953). SAP Sevilla núm. 357/2005 (Sección 8ª), de 3 noviembre (JUR 2006, 122292). SAP Valencia núm. 266/2003 (Sección 6ª), de 12 abril (JUR 2003, 150596). SAP Cantabria núm. 103/2003 (Sección 4ª), de 12 marzo (JUR 2003, 187599). SAP Pontevedra núm. 32/2005 (Sección 4ª), de 19 abril (JUR 2006, 25597). SAP Huesca núm. 70/2001, de 27 febrero (JUR 2001, 127069). SAP Lugo núm. 105/2004 (Sección 1ª), de 8 marzo (JUR 2004, 119756). SAP Albacete núm. 212/2003 (Sección 1ª), de 27 octubre (JUR 2004, 49389). SAP Barcelona (Sección 17ª), de 5 mayo 2000 (JUR 2000, 210449). SAP Barcelona núm. 28/2004 (Sección 19ª), de 19 enero (JUR 2004, 52943). SAP Jaén núm. 653/2000 (Sección 2ª), de 28 noviembre (JUR 2001, 32057). SAP Barcelona (Sección 1ª), de 11 octubre 2002 (JUR 2003, 105042). SAP Barcelona núm. 227/2004 (Sección 17ª), de 31 marzo (JUR 2004, 154546). SAP Madrid núm. 415/2004 (Sección 12ª), de 17 marzo (JUR 2004, 248933). SAP Murcia núm. 310/2000 (Sección 2ª), de 7 noviembre (JUR 2001, 29052). SAP Barcelona núm. 49/2006 (Sección 4), de 10 febrero (JUR 2006, 227777). SAP Ciudad Real núm. 140/2002 (Sección 1ª), de 3 mayo (JUR 2002, 168930). SAP Valencia núm. 225/2006 (Sección 11), de 18 abril (JUR 2006, 272763). SAP Madrid núm. 594/2005 (Sección 21ª), de 2 diciembre (JUR 2006, 34626). SAP Alicante núm. 263/2005 (Sección 4ª), de 13 julio (JUR 2006, 4805). SAP Cádiz núm. 270/2002 (Sección 8ª), de 5 julio (JUR 2002, 260846). SAP Granada núm. 45/2006 (Sección 3ª), de 27 enero (JUR 2006, 161635). SAP Burgos núm. 428/2002 (Sección 3ª), de 25 julio (JUR 2002, 247256). SAP Burgos núm. 550/2001 (Sección 3ª), de 6 noviembre (JUR 2002, 26932). Invasión de plaga de ratones. SAP Murcia núm. 75/2005 (Sección 5ª), de 17 febrero (JUR 2005, 91505). Ocupación en base al art. 569 del Código civil. SAP Toledo núm. 340/2005 (Sección 1ª), de 15 noviembre (JUR 2006, 969). Pérdida parcial de patio. SAP Barcelona núm. 713/2005 (Sección 14ª), de 15 diciembre (JUR 2006, 74760). Pérdida parcial del derecho de vuelo. SAP Barcelona núm. 629/2004 (Sección 17ª), de 4 noviembre (JUR 2005, 16519). Privación de paso para reparaciones urgentes. SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 275/2002 (Sección 4ª), de 1 julio (JUR 2002, 242601). Situación de insalubridad. SAP Málaga núm. 1207/2005 (Sección 5ª), de 21 noviembre (JUR 2006, 136203).

<sup>13</sup> Véase sobre daño moral en el derecho de habitación en vivienda, desalojo temporal. SAP Barcelona (Sección 14ª), de 10 abril 2000 (JUR 2000, 190984).

<sup>14</sup> Véase sobre daño moral en el derecho de luces y vistas: obstrucción. SAP Murcia núm. 165/2003 (Sección 5ª), de 23 mayo (JUR 2004, 34650). AAP Barcelona (Sección 16ª), de 10 junio 2002 (JUR 2002, 210598). SAP Cádiz, Ceuta, núm. 54/2003 (Sección 6ª), de 22 mayo (JUR 2003, 189174). De medianería: abuso. SAP Madrid (Sección 13ª), de 25 octubre 2002 (JUR 2003, 49337). SAP Vizcaya, Sección 3ª, Sentencia de 29 Nov. 2007, rec. 396/2007. De paso necesario: molestias derivadas. SAP Asturias núm. 28/2002 (Sección 5ª), de 25 enero (JUR 2002, 74073). De paso: obstrucción. SAP León núm. 39/2002 (Sección 3ª), de 29 enero (JUR 2002, 98698). AAP Cádiz (Sección 2ª), de 23 julio 2002 (JUR 2002, 253645). SAP Vizcaya núm. 37/2004 (Sección 3ª), de 21 enero (JUR 2004, 101284). AAP Girona núm. 25/2001 (Sección 2ª), de 19 febrero (JUR 2001, 137245). SAP Asturias núm. 83/2004 (Sección 7ª), de 31 marzo (JUR 2004, 222123). De ventilación: obstrucción. SAP Navarra núm. 17/2006 (Sección 3), de 8 febrero (JUR 2007, 92827).

<sup>15</sup> MALDONADO RAMOS, JAIME. Derecho real. En: Enciclopedia Jurídica La Ley, Volumen 08, pág.: 4318. Madrid, 2009.



jas, de manera que unos y otros derechos pueden entrar en conflicto en la esfera del derecho civil<sup>16</sup> con el consiguiente daño patrimonial y extramatrimonial.

En el ámbito del derecho público y en particular en materia de urbanismo, destacamos siguientes fuentes normativas que relacionan los derechos reales con la normativa de urbanismo. En primer lugar la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones<sup>17</sup>, seguidamente el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística no hacen referencia alguna a los derechos extramatrimoniales<sup>18</sup> y finalmente el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y

aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana<sup>19</sup>. En ninguna de las referidas fuentes se hace referencia al daño moral y su valoración.

Volviendo a la esfera del derecho privado, observamos que las perturbaciones entre vecinos se manifiestan en escenarios que son muchas veces perfectamente identificables, como por ejemplo el mundo de la construcción<sup>20</sup>, pero en otras ocasiones lo hacen mediante perturbaciones más sutiles, como los humos, ruidos, olores y similares intromisiones en el pacífico ejercicio de otros derechos<sup>21</sup>.

El problema aparece cuando quien sufre la inmisión, llevado por una apreciación claramente subjetiva y desproporcionada, no tolera la inmisión,

<sup>16</sup> Véase ALGARRA PRATS. Responsabilidad civil por daños causados por inmisiones en el código civil español y la protección frente a humos, ruidos, olores y similares perturbaciones entre vecinos.

<sup>17</sup> Así, el art. 32 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

<sup>18</sup> El Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística (art. 20).

<sup>19</sup> Finalmente el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana (art. 85, 2).

<sup>20</sup> MONTSERAT VALERO, ANTONIO. Responsabilidad civil por vicios de la construcción. (D.L. 2008)-Madrid: Difusión Jurídica, D.L. 2008.

<sup>21</sup> Esta cuestión ha sido tratada en la doctrina entre otros: ALGARRA PRATS, E., La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona, Madrid, 1995. ALONSO GARCÍA, C., El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica, Madrid, 1995. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., «La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica: nuevas perspectivas de los derechos fundamentales», en Diario La Ley, núm. 5437, Madrid, 2001. BEATO ESPEJO, M., «El medio ambiente urbano y la convivencia ciudadana: el ruido por el consumo de bebidas en la vía pública», en Revista de Administración Pública, núm. 139, pág. 171, Madrid, 1996. «El medio ambiente como bien jurídico protegido. El ruido como actividad molesta. Derecho a un ambiente silencioso y pacificador», en Revista de Derecho Urbanístico, núms. 148 y 149, págs. 115 y 155 respectivamente, Madrid, 1996. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., Instituciones de Derecho ambiental, Madrid, 2001. BLASCO ESTEVE, A., «Idas y venidas en la lucha contra el ruido», en Revista de Administración Pública, núm. 153, pág. 267, Madrid, 2000. CASTELAO RODRÍGUEZ, J., «Ocio, pasividad municipal y orden público», en Revista de Estudios Locales, núm. 56, Madrid, 2002. EGEA FERNÁNDEZ, J., «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno», en Derecho Privado y Constitución, núm. 15, pág. 69, Madrid, 2001. EVANGELIO LLORCA, R., La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad, Granada, 2000. GARCÍA MACHO, R., «El principio rector medio ambiente y la protección del ciudadano frente a los ruidos», en El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, vol. III, pág. 3543, Valencia, 2000. GARCÍA SAN JOSÉ, D., «Ruido nocturno e insomnio: los derechos a la vida privada y familiar y al respeto del domicilio frente al interés general de los vuelos de aviones durante la noche», en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 64, pág. 239, Madrid, 2002. GARCÍA SANZ, B. y GARRIDO, F. J., La contaminación acústica en nuestras ciudades, Barcelona, 2003. GÓMEZ PUENTE, M., La inactividad de la Administración, Pamplona, 2000. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993. JORDANO FRAGA, J., La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Barcelona, 1995. LLAMAS, E. y MACÍAS, A., «Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido», en Actualidad Civil, núm. 44, pág. XLIV, Madrid, 1998. LÓPEZ RAMÓN, F., «La ordenación del ruido», en Revista de Administración Pública, núm. 157, pág. 27, Madrid, 2002. MARTÍ MARTÍ, J., «La respuesta del derecho a las inmisiones sonoras», en Diario La Ley, núm. 5604, Madrid, 2002. MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental, Madrid, 1991. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional», en Revista de Administración Pública, núm. 115, pág. 205, Madrid, 1988. «Los ruidos evitables», en Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 238, pág. 1275, Madrid, 1988. «El ruido en la reciente jurisprudencia», en Revista de Administración Pública, núm. 125, pág. 319, Madrid, 1991. «Medio ambiente sonoro», en Derecho del medio ambiente y Administración local, pág. 227, Madrid, 1996. MUÑOZ SANCHO, M., Anteproyecto de ordenanza sobre protección del medio ambiente urbano contra la emisión de ruidos, Madrid, 1984. NAVARRO MENDIZÁBAL, I., Las inmisiones y molestias medioambientales. Tutela preventiva civil, Madrid, 1997. PÉREZ CONEJO, L., La defensa judicial de los intereses ambientales: estudio específico de la legitimación difusa en el proceso contencioso-administrativo, Valladolid, 2002. PÉREZ MARTOS, J., Ordenación jurídica del ruido, Madrid, 2002. PINEDO HAY, J., Análisis jurídico de la contaminación acústica producida por las actividades de ocio, Madrid, 2002. PULIDO QUECEDO, M., «Sobre la defensa frente al ruido y el derecho a la intimidad domiciliaria», en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 8, pág. 9, Pamplona, 2001.



aún en los casos en los que no existe motivo de preocupación objetiva al estar la inmisión dentro de los límites perfectamente tolerables por el ser humano.

Podemos encontrar algunas manifestaciones de inmisiones en contaminaciones acústicas, lumínicas, eflúvicas, olorigenas, pulvígenas, visuales y paisajísticas<sup>22</sup> que han dado lugar a pronunciamientos favorables a la estimación de la responsabilidad civil por daño moral<sup>23</sup>.

La acción negatoria de inmisiones se ha propuesto por la doctrina moderna como la acción apropiada para encauzar las pretensiones de cesación y abstención del propietario frente a injerencias intolerables en su derecho. Su admisión en el ámbito de las relaciones de vecindad contribuye,

además, a la ardua tarea de contención de los daños ambientales, ya que la inmisión constituye, una clara hipótesis de daño ecológico de difícil resarcimiento, y respecto de los que la tutela preventiva se alza como la mejor opción<sup>24</sup>.

Cabe preguntarse sobre los criterios para determinar lo que es tolerable o intolerable, ya que si se dejara esa apreciación a la pura subjetividad de la persona que soporta la inmisión podríamos encontrarnos en dinámicas de clara inseguridad jurídica.

En la determinación de la tolerancia de las inmisiones electromagnéticas, la teoría de la normal tolerancia toma en consideración el punto de llegada y el sujeto pasivo de la inmisión y considera tolerables aquellas inmisiones

<sup>22</sup> Véase al respecto MARTÍ MARTÍ, JOAQUIM. Conceptos indemnizables por la contaminación acústica, lumínica, eflúvica, olorigena, pulvígena, visual y paisajística. En: Diario La Ley, N.º 6802, 18 Oct. 2007, Año XXVIII, Ref. D-220, Editorial LA LEY.

<sup>23</sup> Véase sobre daño moral en Humos. SAP Zaragoza núm. 110/2006 (Sección 2ª), de 7 marzo (JUR 2006, 110516). SAP A Coruña, Sección 4ª, Sentencia de 4 Abr. 2007, rec. 666/2006. Olores. SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 295/2001 (Sección 1ª), de 23 abril (JUR 2001, 195939). SAP Barcelona núm. 669/2005 (Sección 11ª), de 28 octubre (JUR 2006, 76295). SAP Murcia núm. 226/2001 (Sección 1ª), de 10 mayo (JUR 2001, 265049). SAP Jaén núm. 113/2002 (Sección 1ª), de 27 febrero (JUR 2002, 104037). SAP Cáceres núm. 478/2006 (Sección 1), de 11 diciembre (JUR 2007, 75259). Emanaciones de gases. SAP Murcia núm. 206/2002 (Sección 3ª), de 19 septiembre (AC 2002, 1577). Olores SAP Baleares núm. 57/2001 (Sección 3ª), de 6 marzo (AC 2001, 1200). Polvo. SAP Pontevedra núm. 25/2002 (Sección 5ª), de 21 enero (JUR 2002, 97299). Ruidos. SAP Murcia núm. 69/2003 (Sección 4ª), de 14 febrero (AC 2003, 739). SAP Albacete núm. 216/2004 (Sección 1ª), de 18 octubre (JUR 2005, 8206). SAP Valladolid núm. 251/2004 (Sección 3ª), de 20 julio (JUR 2004, 211055). SAP Guipúzcoa núm. 143/2001 (Sección 1ª), de 3 mayo (JUR 2001, 302188). AAP Guipúzcoa núm. 59/2004 (Sección 1ª), de 21 junio (AC 2004, 1864). SAP Granada núm. 506/2004 (Sección 4ª), de 14 septiembre (JUR 2004, 292906). SAP Badajoz núm. 150/2006 (Sección 3), de 8 junio (JUR 2006, 240644). SAP Badajoz núm. 314/2004 (Sección 3), de 25 octubre 2004. SAP Granada núm. 70/2006 (Sección 3), de 10 febrero (AC 2006, 1101). SAP Badajoz núm. 314/2004 (Sección 3ª), de 25 octubre (AC 2004, 1895). SAP Barcelona (Sección 4ª), de 28 noviembre 2001 (JUR 2002, 64964). SAP Madrid núm. 25/2006 (Sección 21ª), de 17 enero (JUR 2006, 90310). SAP Zaragoza núm. 260/2005 (Sección 5ª), de 10 mayo (JUR 2005, 113001). SAP Alicante núm. 23/2003 (Sección 4ª), de 9 enero (JUR 2003, 112135). SAP A Coruña núm. 237/2006 (Sección 3), de 31 marzo (JUR 2006, 226777). SAP La Rioja núm. 305/2003 (Sección Única), de 31 julio (JUR 2003, 242092). SAP Murcia núm. 359/2003 (Sección 5ª), de 12 diciembre (JUR 2004, 37261). SAP Ciudad Real núm. 147/2000 (Sección 2ª), de 5 mayo (JUR 2000, 281617). SAP Lleida núm. 411/2000 (Sección 2ª), de 15 septiembre (AC 2000, 1619). SAP Pontevedra núm. 374/2005 (Sección 1ª), de 14 julio (JUR 2006, 21926). SAP Asturias núm. 104/2005 (Sección 1ª), de 15 marzo (JUR 2005, 89842). SAP Huelva núm. 369/2001 (Sección 2ª), de 8 noviembre (JUR 2002, 40978). SAP Alicante núm. 185/2002 (Sección 4ª), de 15 marzo (JUR 2002, 140080). SAP Girona núm. 341/2005 (Sección 1ª), de 27 septiembre (JUR 2006, 51205). SAP Almería núm. 213/2001 (Sección 1ª), de 3 julio (JUR 2001, 250568). SAP Islas Baleares núm. 71/2006 (Sección 4), de 7 marzo (JUR 2006, 160767). SAP Barcelona (Sección 1ª), de 6 septiembre 2002 (JUR 2002, 275679). SAP Madrid núm. 528/2004 (Sección 10ª), de 24 marzo (JUR 2004, 248667). SAP Sevilla núm. 62/2006 (Sección 6ª), de 23 febrero (JUR 2006, 185456). SAP Alicante núm. 182/2003 (Sección 6ª), de 7 abril (JUR 2003, 203706). SAP Islas Baleares núm. 471/2006 (Sección 3), de 31 octubre (AC 2006, 1907). SAP Baleares núm. 302/2004 (Sección 4ª), de 22 junio (JUR 2004, 203626). SAP Málaga núm. 399/2005 (Sección 6ª), de 10 mayo (JUR 2006, 22434). SAP Baleares núm. 7/2002 (Sección 3ª), de 11 enero (JUR 2002, 71164). SAP Madrid núm. 414/2005 (Sección 10ª), de 31 mayo (AC 2005, 1217). SAP Barcelona (Sección 4ª), de 14 enero 2002 (JUR 2002, 110540). SAP Baleares núm. 112/2006 (Sección 3ª), de 10 marzo (AC 2006, 452). SAP Barcelona núm. 134/2006 (Sección 19), de 15 marzo (JUR 2006, 273105). SAP Navarra núm. 57/2006 (Sección 3), de 15 mayo (AC 2007, 367). SAP Madrid núm. 129/2006 (Sección 13ª), de 24 marzo (JUR 2006, 171831). SAP Salamanca núm. 542/2005 (Sección 1ª), de 12 diciembre (JUR 2006, 79846). SAP Valencia núm. 473/2005 (Sección 7ª), de 22 julio (JUR 2005, 205098). SAP Valencia núm. 125/2001 (Sección 6ª), de 19 febrero (JUR 2001, 125862). SAP Asturias núm. 287/2000 (Sección 7ª), de 6 noviembre (JUR 2001, 92162). SAP Madrid núm. 281/2005 (Sección 10ª), de 8 abril (JUR 2005, 126930). SAP Castellón núm. 293/2004 (Sección 2ª), de 23 diciembre (JUR 2005, 65926). SAP Asturias núm. 105/2000 (Sección 1ª), de 28 febrero (AC 2000, 264). SAP Salamanca núm. 138/2000 (Sección Única), de 2 marzo (AC 2000, 1364). SAP Burgos, Sección 3ª, Sentencia de 24 Abr. 2008, rec. 60/2008. SAP Toledo, Sección 1ª, Sentencia de 26 Sep. 2008, rec. 138/2008. Actividades molestas, insalubres y peligrosas. SAP Las Palmas, Sección 4ª, Sentencia de 7 Mar. 2007, rec. 618/2006. SAP Cáceres, Sección 1ª, Sentencia de 31 May. 2006, rec. 283/2006. SAP Les Illes Balears, Sección 3ª, Sentencia de 23 Feb. 2007, rec. 650/2006. SAP Córdoba, Sección 2ª, Sentencia de 18 Sep. 2006, rec. 181/2006. SAP Cádiz, Sección 7ª, Sentencia de 24 Mar. 2008, rec. 349/2007.

<sup>24</sup> ÁLVAREZ LATA, NATALIA, Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones: un ejemplo de su operatividad. Actualidad Civil.



que puede soportar un individuo medio normal; es decir, se consideran normales aquellas inmisiones que no superan el grado medio de receptividad o sensibilidad hacia las mismas, de manera que no se tiene en cuenta la particular tolerancia del concreto sujeto reclamante en función de sus particulares condiciones, sino el grado de tolerancia de un individuo medio normal. Determinado dicho grado medio –en el caso de las inmisiones electromagnéticas no ionizantes– en las 100 microteslas de la Recomendación del Consejo de la Unión Europea y normativa española plasmada en Real Decreto 1066/2001 del 28 de septiembre, estando por debajo del mismo, llegamos a la conclusión de que no debe prosperar la acción de inmisión ilegítima por no superar el mínimo a partir del cual se considera intolerable la inmisión. Si, por el contrario se traspasara ese umbral de tolerancia, la acción debería prosperar. Respecto del posible ejercicio de la acción de responsa-

bilidad civil se plantean varios problemas. En primer lugar el relativo a la imposibilidad de acreditación del daño en los casos de inmisión de ondas electromagnéticas no ionizantes. Es jurisprudencia reiterada la necesaria concurrencia de este requisito, que, además, debe acreditarse en la litis correspondiente. Resulta improcedente declarar la responsabilidad civil del causante de la inmisión si no se acredita el daño. Ahora bien, el perjudicado siempre podrá invocar que siente el daño como apreciación subjetiva, por el mero hecho de actividad molesta<sup>25</sup>.

Existe un consenso generalizado a la hora de entender que el **ruido**<sup>26</sup> puede llegar a representar una afección para los derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad del domicilio, aparte de suponer una agresión al medio ambiente<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Véase ITURMENDI MORALES, GONZALO, Ponencia "Nanotecnología. ¿Son suficientes los instrumentos de responsabilidad civil actuales para hacer frente a los riesgos presentes y futuros o existe necesidad de crear nuevas normas? Crítica a las normas ya existentes. Sugerencias prácticas". Madrid, 16 de abril de 2010, del I Congreso 'Nuevas tecnologías y sus repercusiones en el Seguro: Internet, biotecnología y nanotecnología' (en prensa Cuadernos de la Fundación Mapfre, Instituto de Ciencias del Seguro).

<sup>26</sup> Véanse sobre ruidos, olores y daño mora: SAP Baleares núm. 69/2005 (Sección 5ª), de 21 febrero (JUR 2005, 118262). SAP Pontevedra núm. 336/2001 (Sección 1ª), de 17 octubre (JUR 2002, 15960). SAP Madrid (Sección 14ª), de 10 diciembre 2001 (AC 2002, 607). SAP Salamanca núm. 607/2000 (Sección 1ª), de 13 noviembre (JUR 2001, 29965). Vibraciones. SAP Baleares núm. 97/2003 (Sección 3ª), de 14 febrero (JUR 2003, 196438). SAP Valencia núm. 240/2005 (Sección 7ª), de 13 abril (JUR 2005, 129904). SAP Sevilla (Sección 5ª), de 2 diciembre 2002 (JUR 2003, 147425). SAP Burgos núm. 669/2001 (Sección 2ª), de 29 noviembre (AC 2002, 118). SAP Navarra núm. 137/2005 (Sección 1ª), de 6 julio (AC 2005, 1803). SAP Murcia núm. 329/2004 (Sección 5ª), de 14 diciembre (AC 2005, 274). SAP Córdoba núm. 91/2004 (Sección 2ª), de 27 abril (JUR 2004, 150621). SAP Valladolid núm. 124/2004 (Sección 3ª), de 7 mayo (JUR 2004, 181296). SAP Ciudad Real núm. 353/2002 (Sección 1ª), de 29 octubre (AC 2002, 2317). SAP La Coruña núm. 635/2005 (Sección 6ª), de 30 diciembre (JUR 2006, 82932). SAP Navarra, Sección 2ª, Sentencia de 2 Abr. 2007, rec. 34/2005. Ruidos, vibraciones, humos y olores. SAP Asturias núm. 383/2003 (Sección 6ª), de 15 septiembre (JUR 2003, 235985). SAP Valencia núm. 176/2004 (Sección 7ª), de 26 marzo (AC 2004, 890). Ruidos, vibraciones y polvo. SAP Valencia núm. 297/2001 (Sección 6ª), de 30 abril (JUR 2001, 182408). Molestias aire acondicionado. SAP Jaén, Sección 2ª, Sentencia de 16 Mar. 2007, rec. 83/2007. Ruidos, cámaras frigoríficas de hipermercados. SAP Sevilla, Sección 6ª, Sentencia de 23 Feb. 2006, rec. 7353/2005.

<sup>27</sup> Resulta especialmente significativa la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de febrero de 2004, por la que se confirma la tesis de que el ruido puede llegar a representar una afección para los derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad del domicilio, aparte de suponer una agresión al medio ambiente. La Sentencia parte de la doctrina expuesta en la STC 119/2001, de 24 de mayo, significando que los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. Habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias tradicionales, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la reciente Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. En la Exposición de Motivos se reconoce que «el ruido en su vertiente ambiental (...) no ha sido tradicionalmente objeto de atención preferente en la normativa protectora del medio ambiente. Tratamos del ruido en un sentido amplio, y éste es el alcance de la ley». Luego se explica que «en la legislación española, el mandato constitucional de proteger la salud (artículo 43 de la Constitución) y el medio ambiente (artículo 45 de la Constitución) engloban en su alcance la protección contra la contaminación acústica. Además, la protección constitucional frente a esta forma de contaminación también encuentra apoyo en algunos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, entre otros, el derecho a la intimidad personal y familiar, consagrado en el artículo 18.1». La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hizo cargo de la apremiante exigencia, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rayner contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España; de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia y de 8 de julio de 2003, caso Hatton y otros contra Reino Unido.

En los últimos años hemos pasado de una situación de ausencia de normativa sobre el ruido a un desarrollo legislativo bastante minucioso, tanto desde el marco normativo europeo, como desde el ámbito legislativo estatal y autonómico<sup>28</sup>.

El ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatológico y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas).

Se entiende que el derecho a disfrutar de un medio adecuado constituye un derecho subjetivo conectado con los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar<sup>29</sup>.

Sin embargo el daño moral derivado en la intrusión ilegítima de los derechos reales, en general, no es susceptible de reposición –por su propia naturaleza– al no circular en el tráfico jurídico.

Por consiguiente resulta necesario revisar las aportaciones normativas sobre el daño moral, por otro lado, con alusiones prácticamente excepcionales, pero que surgen, de forma coincidente, como consecuencia de la necesidad de protección de grupos de interés que precisan una especial protección. Encontramos una serie de normas que en unos casos tienen su base en la protección de los particulares considerado de forma individual y en otros supuestos en la protección de los intereses supraindividuales de carácter general.

Podemos clasificar los llamados daños morales desde el punto de vista de la protección normativa que reciben por parte del legislador, entendiendo por tales aquellos supuestos en los que existe una regulación legal donde se alude expresamente al daño moral causado como consecuencia de la trasgresión de una norma legal que contempla expresamente la protección del daño moral.

### 3. Aproximación normativa de algunas manifestaciones del daño moral

Si bien es cierto que no existe una regulación expresa de los daños morales en materia de **competencia desleal**, no lo es menos que la Ley de competencia contempla la posibilidad de resarcimiento de los daños perjuicios derivados como consecuencia del ejercicio de prácticas de competencia desleal.

Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Tales comportamientos encontrarían am-

<sup>28</sup> En el marco europeo téngase en cuenta la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, publicada en el DOCE de 18 de julio de 2002, L 189/12, en vigor desde su publicación y con fecha límite para la incorporación a los Estados miembros al Derecho interno el 18 de julio de 2004. En el marco legislativo estatal: la Ley estatal del Ruido 37/2003, de 17 de noviembre. Y en el marco autonómico: Ley 3/1998 de 27 de febrero, de Protección del Medio Ambiente, en el País Vasco; Ley 7/1997 de 11 de agosto, de Protección contra la Contaminación Acústica en Galicia; Ley 16/2002 de 28 de junio, de Protección contra la Contaminación Acústica en Cataluña, inspirada en los principios de la Directiva 2002/49/CE; Decreto de la Comunidad de Madrid 78/1999 de 27 de mayo, por el que se aprueba el Régimen de Protección contra la Contaminación Acústica, y la Ley 2/2002 de 29 de julio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid; y la Ley 7/2002 de la Generalitat Valenciana, de 3 de diciembre, de Protección contra la Contaminación Acústica (DOGV, 9 de diciembre de 2002).

<sup>29</sup> VACAS GARCÍA-ALÓS, LUIS. El derecho de las inmisiones y la protección contra la contaminación acústica Diario La Ley, N.º 5886, 5 Nov. 2003, Año XXIV, Ref. D-244, Editorial LA LEY.



paro de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, como cláusula general que trata de impedir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encajan en las que expresamente tipifica como tales la citada Ley 3/1991 de Competencia Desleal, en su Capítulo primero, Capítulo II, una norma que obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2000 que a su vez recoge la doctrina establecida en la Sentencia de 8 de julio de 1981.

La acción del artículo 32, 5 de la Ley de Competencia Desleal, de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, interviniendo dolo o culpa del agente ha prosperado con éxito, tal y como se desprende de la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales que no ha sido ajena a las múltiples reclamaciones formuladas en este sentido sobre actos contra competidores<sup>30</sup> con denigración de los mismos<sup>31</sup>, anuncios engañosos<sup>32</sup>, apropiación de base de datos<sup>33</sup>, carta inexacta contra competidores<sup>34</sup>, creación de sociedad competidora<sup>35</sup>, imitación de productos<sup>36</sup>, infracción del nombre comercial registrado<sup>37</sup>, plagio de productos y marcas<sup>38</sup>, uso de nombre simi-

lar<sup>39</sup>, uso indebido de nombre<sup>40</sup> y uso indebido de nombre comercial<sup>41</sup>.

En materia de protección de los derechos de autor de obras intelectuales<sup>42</sup>, la Directiva 2004/48/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los **derechos de propiedad intelectual**, declaró que con el fin de reparar el perjuicio sufrido debido a una infracción cometida por un infractor que haya realizado una actividad que constituya una infracción de este tipo a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, como los beneficios dejados de obtener por el titular del derecho o los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor, así como, cuando proceda, el daño moral ocasionado al titular. O como alternativa cuando, por ejemplo, sea difícil determinar el importe del perjuicio realmente sufrido, el importe de la indemnización podría inferirse de elementos como los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido la autorización de utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate. El objetivo no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo, teniendo en cuenta al mismo tiempo los gastos realizados por el titular, como los gastos de identificación e investigación. Acorde con la anterior Directiva, la Ley 19/2006 de

<sup>30</sup> SAP Pontevedra núm. 384/2001 (Sección 5ª), de 5 octubre.

<sup>31</sup> SAAP Bizkaia núm. 179/2006 (Sección 1), de 15 marzo; SAP Álava núm. 48/2002 (Sección 2ª), de 20 febrero; SAP Málaga núm. 79/2006 (Sección 6), de 14 febrero; SAP Vizcaya núm. 38/2002 (Sección 4ª), de 15 enero; 1465. SAP Lugo núm. 6/2004 (Sección 1ª), de 12 enero; SA Barcelona (Sección 15ª), de 31 diciembre 2002; SAP Valencia núm. 804/2004 (Sección 9ª), de 30 diciembre.

<sup>32</sup> SAP Cádiz, Ceuta, núm. 3/2001 (Sección 6ª), de 9 enero.

<sup>33</sup> SAP Alicante núm. 795/2000 (Sección 5ª), de 2 octubre.

<sup>34</sup> SAP Madrid núm. 697/2004 (Sección 25ª), de 14 diciembre, SAP Valladolid núm. 420/2001 (Sección 1ª), de 15 octubre SAP Zaragoza núm. 244/2006 (Sección 5), de 28 abril.

<sup>35</sup> SAP Álava núm. 78/2005 (Sección 2ª), de 23 mayo.

<sup>36</sup> SAP Asturias núm. 351/2004 (Sección 4ª), de 13 septiembre; SAP Cuenca núm. 278/2006 (Sección 1), de 29 diciembre.

<sup>37</sup> SAP Barcelona núm. 293/2005 (Sección 15ª), de 21 junio.

<sup>38</sup> SAP Murcia núm. 114/2006 (Sección 4ª), de 24 abril.

<sup>39</sup> SAP Valencia núm. 415/2001 (Sección 7ª), de 23 julio.

<sup>40</sup> SAP Madrid núm. 313/2006 (Sección 14ª), de 16 mayo.

<sup>41</sup> SAP Asturias núm. 199/2002 (Sección 5ª), de 3 mayo.

<sup>42</sup> Véase al respecto XXIII Jornadas de Estudio sobre propiedad industrial e intelectual (2008)-Jornadas de Estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual (23ª. 2008 [Barcelona]: Grupo Español de la AIPPI, 2008.

5 de Junio<sup>43</sup> que amplía los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y establece normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, norma que persigue, entre otras finalidades, reparar el perjuicio sufrido a causa de una infracción del derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial, con dos módulos de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios. El primero de estos módulos comprende, de forma acumulativa, las consecuencias económicas negativas que haya sufrido la parte perjudicada y también el daño moral. Alternativamente, esta indemnización podrá consistir en una cantidad a tanto alzado, basada en la remuneración que habría percibido el perjudicado si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual o industrial en cuestión. Además, en la determinación de la cuantía indemnizatoria han de considerarse los gastos realizados por el titular del derecho lesionado en la investigación para la obtención de pruebas razonables de la comisión de la infracción<sup>44</sup>.

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre **protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia**

**imagen**, establece que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere dicha ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución y comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima, la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. El importe de la indemnización por el daño moral<sup>45</sup>, en el caso del artículo 4.º, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2<sup>46</sup> y,

<sup>43</sup> El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia fue modificado en su artículo 140, que fue redactado por el apartado cuatro del artículo segundo de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, estableciendo que la indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial, prescribiendo la acción a los cinco años. "La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra. b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión".

<sup>44</sup> La introducción de estos criterios y elementos implica modificar el artículo 140 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; el artículo 66 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; el artículo 43 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y el artículo 55 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial.

<sup>45</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, en se pregunta: "¿qué suma, aparte de la reparación in natura, ha de satisfacer el autor de las lesiones por esas cicatrices residuales, o por esos quebrantos psicofísicos de la víctima debidamente acreditados?". Y afirma: "Ciertos autores cuestionan que se haya de reparar económicamente una afección que, por ontología, carece de patrimonialidad... En definitiva, la significación de la institución del daño moral se cohonestan con la modernidad de los institutos jurídicos, y con la ineludible tutela que han de obtener las personas que sufran violaciones en sus derechos –patrimoniales o no–. Así se restaura el quebranto acontecido y se palián, en lo posible, esas perturbaciones anímicas, cuando, se repite, provienen como causa del acto ilícito inicial y se constata la prueba indiscutible de su realidad".

<sup>46</sup> "Artículo 4. 1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. 2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. 3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento".



en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 6.º la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado<sup>47</sup>.

La Ley 11/1986, de 20 de marzo, de **Patentes**, estableció en su artículo 66 (en consonancia con la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de **Marcas**, artículo 43 y la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del **Diseño Industrial**, artículo 55) que la indemnización de daños y perjuicios debida al titular de la patente comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el titular a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial<sup>48</sup>. Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrán en cuenta, a elección del perjudicado:

- a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor y los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.
- b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho<sup>49</sup>.

Para su fijación se tendrá en cuenta especialmente, entre otros factores, la importancia económica del

invento patentado, la duración de la patente en el momento en que comenzó la violación y el número y clase de licencias concedidas en ese momento.

La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las **víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual** regula, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos y, por otra parte, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos. El concepto legal de ayudas públicas contemplado en esta Ley debe distinguirse de figuras afines y, señaladamente, de la indemnización. No cabe admitir que la prestación económica que el Estado asume sea una indemnización ya que éste no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito ni, desde otra perspectiva, es razonable incluir el daño moral provocado por el delito. La Ley, por el contrario, se construye sobre el concepto de ayudas públicas –plenamente recogido en nuestro Ordenamiento– referido directamente al principio de solidaridad en que se inspira.

Es bastante sorprendente la inclusión en el artículo 53, 2 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid de la siguiente norma: "En la imposición de **sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las ordenanzas** por resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador, se podrá sustituir la sanción económica por trabajos en beneficios de la comunidad, la asistencia obligatoria a cursos de formación, a sesiones individualizadas o cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de

<sup>47</sup> "Artículo 6. 1. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4º. 2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere".

<sup>48</sup> El número 1 del artículo 66 redactado por el apartado dos del artículo tercero de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

<sup>49</sup> El número 2 del artículo 66 redactado por el apartado dos del artículo tercero de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano o reparar el daño moral de las víctimas". Nos preguntamos si realmente tiene algo que ver la sanción administrativa con la reparación del daño moral, especialmente si tenemos en cuenta que el sistema español de reparación del daño es compensatorio del mismo y nunca sancionador<sup>50</sup>.

El Decreto 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid establece en su artículo 19, relativo a la responsabilidad y reparación de los daños, que los alumnos quedan obligados a reparar los daños que causen, individual o colectivamente, de forma intencionada o por negligencia, a las instalaciones, a los **materiales del centro y a las pertenencias de otros miembros de la comunidad educativa**, o a hacerse cargo del coste económico de su reparación. Asimismo, estarán obligados a restituir, en su caso, lo sustraído. Los padres o representantes legales asumirán la responsabilidad civil que les corresponda en los términos previstos por la Ley. En los Reglamentos de Régimen Interior se podrán fijar aquellos supuestos excepcionales en los que la reparación material de los daños pueda sustituirse por la realización de tareas que contribuyan al mejor desarrollo de las actividades del centro, o a la mejora del entorno ambiental del mismo. La reparación económica no eximirá de la sanción. Asimismo, cuando se incurra en conductas tipificadas como **agresión física o moral a sus compañeros** o demás miembros de la comunidad educativa, se deberá reparar el daño moral causado mediante la presentación de excusas y el reconocimiento de la responsabilidad en los actos, bien en público o bien en privado, según correspon-

da por la naturaleza de los hechos y de acuerdo con lo que determine el órgano competente para imponer la corrección.

Existe otra referencia a la reparación del daño moral en el **colectivo de discapacitados con deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales y en los dependientes**. Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad establece en su artículo 18, relativo a la tutela judicial y protección contra las represalias, que dicha tutela del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho. La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

Todos estos antecedentes normativos nos conducen al exponente donde se evidencia con más claridad la necesidad de protección por el posible daño moral objetivo y la **actuación médica**. Nos referimos a la ausencia de información como

<sup>50</sup> Véase en este sentido el artículo 30 de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona, relativo a las competencias del Ayuntamiento de Barcelona que establece: "En la imposición de sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las ordenanzas por resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador, se podrá sustituir la sanción económica por trabajos en beneficio de la comunidad, la asistencia obligatoria a cursos de formación, a sesiones individualizadas o cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano o reparar el daño moral de las víctimas".



daño moral autónomo que afecta a su derecho de autodeterminación del paciente. Se trata del Derecho a la información asistencial de los pacientes para conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Tales derechos se encuentran recogidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, a tenor de la cual se la información clínica forma parte de todas las actuaciones

asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, garantizando el médico responsable del paciente el cumplimiento de su derecho a la información así como los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto<sup>51</sup>.

El paciente –incluso en caso de incapacidad, junto con su representante legal– se erige como titular del derecho a la información, si bien también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de

<sup>51</sup> Derecho de información que alcanza, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 41/2002, el derecho a la información epidemiológica: "Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley".



las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Derecho a la información sanitaria de los pacientes que encuentra sus límites por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, entendiendo como tal la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave; llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

La regulación del derecho a la protección de la salud, recogido por el artículo 43 de la Constitución de 1978, desde el punto de vista de las cuestiones más estrechamente vinculadas a la condición de sujetos de derechos de las personas usuarias de los servicios sanitarios, es decir, la plasmación de los derechos relativos a la información clínica y la autonomía<sup>52</sup> individual de

los pacientes en lo relativo a su salud, ha sido objeto de una regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En resumen, para orientar la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica son principios básicos la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad. De manera que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, ya que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

La Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se refiere a la historia clínica<sup>53</sup> que comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación

<sup>52</sup> Respecto del derecho de la autonomía del paciente: Véase el Capítulo IV «Respeto al derecho a la autonomía del paciente» de la Ley [CATALUÑA] 21/2000, 29 diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica («D.O.G.C.» 11 enero 2001). Véase el Título II «Del consentimiento informado» de la Ley [GALICIA] 3/2001, 28 mayo, reguladora del «consentimiento informado» y de la historia clínica de los pacientes («D.O.G.» 8 junio). Véase el Capítulo IV «Respeto al derecho a la autonomía del paciente y a su voluntad expresada» de la Ley Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 11/2002, 6 mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica («B.O.N.» 13 mayo). Véase la Ley [PAÍS VASCO] 7/2002, 12 diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad («B.O.P.V.» 30 diciembre). Véase la Ley [COMUNIDAD VALENCIANA] 1/2003, 28 enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana («D.O.G.V.» 31 enero). Véase el Título IV «Protección de los derechos relativos a la autonomía de la decisión» de la Ley [CASTILLA Y LEÓN] 8/2003, 8 abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud («B.O.C.L.» 14 abril). Véase Ley [ANDALUCÍA] 5/2003, 9 octubre, de declaración de voluntad vital anticipada («B.O.J.A.» 31 octubre). Véase Ley [COMUNIDAD DE MADRID] 3/2005, 23 mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente («B.O.C.M.» 14 junio). Véase Ley [CASTILLA-LA MANCHA] 6/2005, 7 julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud («D.O.C.M.» 15 julio). Véase Ley [EXTREMADURA] 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente («D.O.E.» 16 julio). Véase D [CANARIAS] 13/2006, 8 febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro («B.O.I.C.» 2 marzo). Véase Ley [BALEARES] 1/2006, 3 marzo, de voluntades anticipadas («B.O.I.B.» 11 marzo).

<sup>53</sup> Véase D [PAÍS VASCO] 272/1986, 25 noviembre por el que se regula el uso de la Historia Clínica de los Centros Hospitalarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco («B.O.P.V.» 6 diciembre). Véase el Capítulo V «Sobre la historia clínica» de la Ley [CATALUÑA] 21/2000, 29 diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica («D.O.G.C.» 11 enero 2001). Véase el Título III «De la historia clínica» de la Ley [GALICIA] 3/2001, 28 mayo, reguladora del «consentimiento informado» y de la historia clínica de los pacientes («D.O.G.» 8 junio). Véase el Capítulo V «Sobre la historia clínica» de la Ley Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 11/2002, 6 mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica («B.O.N.» 13 mayo). Véase el Capítulo II «La historia clínica» del Título V de la Ley [COMUNIDAD VALENCIANA] 1/2003, 28 enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana («D.O.C.V.» 31 enero). Véase el Capítulo I «Historia clínica» del Título V de la Ley [EXTREMADURA] 3/2005, 8 julio, de información sanitaria y autonomía del paciente («D.O.E.» 16 julio). Véase D [CANARIAS] 178/2005, 26 julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la historia clínica en los centros y establecimientos hospitalarios y establece el contenido, conservación y expurgo de sus documentos («B.O.I.C.» 8 agosto). Véase D [CASTILLA Y LEÓN] 101/2005, 22 diciembre, por el que se regula la historia clínica («B.O.C.L.» 28 diciembre). Véase el Capítulo IV «De la historia clínica» de la Ley [ARAGÓN] 6/2002, 15 abril, de Salud de Aragón («B.O.A.» 19 abril).



de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro. Y también se a dos documentos básicos, el consentimiento informado (artículo 10) y las instrucciones previas (artículo 11).

El facultativo debe proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica sobre las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, las contraindicaciones, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente y los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

Por otro lado, mediante el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad,

capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Cada servicio de salud regulará<sup>54</sup> el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito, no siendo de aplicación las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones, pudiendo revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

<sup>54</sup> Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Véase R.D. 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal («B.O.E.» 15 febrero). Véase D [CATALUÑA] 175/2002, 25 junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas («D.O.G.C.» 27 junio). Véase D [ARAGÓN] 100/2003, 6 mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas («B.O.A.» 28 mayo). Véase D Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 140/2003, 16 junio, por el que se regula el registro de voluntades anticipadas («B.O.N.» 30 junio). Véase D [PAÍS VASCO] 270/2003, 4 noviembre, por el que se crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas («B.O.P.V.» 28 noviembre). Véase D [ANDALUCÍA] 238/2004, 18 mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía («B.O.J.A.» 28 mayo). Véase D [COMUNIDAD VALENCIANA] 168/2004, 10 septiembre, del Consell de la Generalitat, por el que se regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana («D.O.C.V.» 21 septiembre). Véase D [CANTABRIA] 139/2004, 15 diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Voluntades Previas de Cantabria («B.O.C.» 27 diciembre). Véase D [REGIÓN DE MURCIA] 80/2005, 8 julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro («B.O.R.M.» 19 julio). Véanse Ley [LA RIOJA] 9/2005, 30 septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad («B.O.L.R.» 6 octubre) y Decreto 30/2006, de 19 de mayo, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de La Rioja («B.O.L.R.» 25 mayo). L 9/2005 de 30 Sep. CA La Rioja (reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad). D 30/2006 de 19 may. CA La Rioja (regulación del registro de instrucciones previas). Véase D [CANARIAS] 13/2006, 8 febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro («B.O.I.C.» 2 marzo). Véase D [CASTILLA-LA MANCHA] 15/2006, 21 febrero, del Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha («D.O.C.M.» 24 febrero). Véase D [COMUNIDAD DE MADRID] 101/2006, 16 noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid («B.O.C.M.» 28 noviembre). Véase D [CASTILLA Y LEÓN] 30/2007, 22 marzo, por el que se regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León («B.O.C.L.» 28 marzo). Véase D [BALEARES] 58/2007, 27 abril, por el que se desarrolla la Ley de voluntades anticipadas y del registro de voluntades anticipadas de las Illes Balears («B.O.I.B.» 10 mayo). Véase D [GALICIA] 259/2007, 13 diciembre, por el que se crea el Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud («D.O.G.» 14 enero 2008). Véase D [PRINCIPADO DE ASTURIAS] 4/2008, 23 enero, de Organización y Funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario («B.O.P.A.» 7 febrero).

A propósito del Daño moral y responsabilidad patrimonial de la Administración por las actuaciones de los Servicios Públicos de Salud, el Tribunal Supremo ha declarado la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños morales y estimando que tales daños pueden ser indemnizados en la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. "Ejemplos de ello son las sentencias de 13 de Julio de 1983 y de 12 de Marzo de 1984. Y, sobre todo, la de 16 de Julio de 1984, en donde se citan aquellas que han sentado Jurisprudencia sobre el reconocimiento de los daños morales como lesiones susceptibles de ser indemnizadas en vía contencioso-administrativa"<sup>55</sup>. En cuya Sentencia, declaró: «Que no cabía excluir de la discutida indemnización lo que en concepto de daño moral se estimaba reparable, porque si bien es cierto que la sentencia de esta Sala de 17 de Enero lo excluía, ello se encuentra superado por la más reciente de nuestra Jurisprudencia, resultante de las de 12 de Marzo de 1975, 2 y 4 de Diciembre de 1980, 30 de Marzo de 1982 y 13 de Julio de 1983"<sup>56</sup>.

De los pronunciamientos jurisdiccionales estudiados de responsabilidad médica y daño moral hemos deducido la aparición reiterada y constante –en el origen del daño mora– de la **ausencia de información** en múltiples manifestaciones relacionadas con toda clase de actos médicos. En suma, la concesión

de indemnización por el daño moral ocasionado a un paciente que no fue debidamente informado de los riesgos inherentes al acto médico al que se sometió. No es ajeno este problema la Administración Pública sanitaria, como refleja la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª (Sentencia de 13 Abr. 2007, rec. 1308/2003) **donde se aborda la problemática del daño moral y la falta de consentimiento informado, entendido como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.**

Advertimos la aparición de un paradigma que se repite en múltiples pronunciamientos de los órganos judiciales en el que, por un lado se deniega la indemnización por las secuelas, invalidez o cualquier daño corporal a consecuencia de haberse producido una correcta praxis médica en el tratamiento y la atención prestada por los servicios sanitarios que no permite considerar el daño soportado como antijurídico, y por otro lado –a pesar de lo anterior–, se concede la indemnización por el daño moral ocasionado al mismo paciente al no ser debidamente informado de los riesgos inherentes a la técnica empleada en el acto médico, en suma se puede afirmar que la consolidación del principio de la ausencia de información, como daño moral autónomo que afecta a su derecho de autodeterminación.

<sup>55</sup> Como señala ORTIZ RODRÍGUEZ, CELSO, en Los daños morales en la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Diario La Ley, 1985, pág. 1166, Tomo 4, Editorial LA LEY.

<sup>56</sup> Véanse las siguientes STS: E. -Cirugía. \*Falta de información adecuada. SAP Madrid núm. 492/2004 (Sección 14ª), de 15 junio. SAP Asturias núm. 679/2000 (Sección 5ª), de 7 diciembre. SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 524/2003 (Sección 3ª), de 26 septiembre. SAP Sevilla (Sección 8ª), de 11 febrero 2004. SAP Barcelona (Sección 16ª), de 13 marzo 2001. SAP Murcia núm. 546/2001 (Sección 1ª), de 27 noviembre. SAP Barcelona (Sección 14ª), de 17 abril 2000. F. -Cirugía esterilizadora \*Falta de información adecuada. SAP Murcia núm. 240/2002 (Sección 2ª), de 5 octubre. SAP Tarragona (Sección 3ª), de 23 octubre 2002. SAP Zaragoza núm. 285/2003 (Sección 5ª), de 12 mayo. SAP Barcelona núm. 739/2005 (Sección 14ª), de 27 diciembre. SAP Madrid núm. 758/2006 (Sección 12), de 23 noviembre. SAP Málaga núm. 284/2000 (Sección 6ª), de 15 mayo. SAP Vizcaya núm. 400/2002 (Sección 5ª), de 4 octubre. SAP Valencia núm. 247/2005 (Sección 7ª), de 15 abril. G. Cirugía estética. Falta de información adecuada. SAP Barcelona (Sección 17ª), de 11 abril 2003. SAP Asturias núm. 264/2002 (Sección 5ª), de 12 junio. SAP Alicante núm. 183/2004 (Sección 5ª), de 4 marzo. SAP Valencia núm. 404/2001 (Sección 6ª), de 29 mayo. SAP Valencia núm. 733/2005 (Sección 8ª), de 19 diciembre. SAP Barcelona núm. 185/2006 (Sección 14), de 24 marzo. SAP Barcelona (Sección 14ª), de 13 octubre 2003. SAP Valencia núm. 192/2002 (Sección 7ª), de 15 abril. SAP Barcelona núm. 317/2006 (Sección 11), de 11 mayo. SAP Baleares núm. 308/2005 (Sección 5ª), de 11 julio. SAP Madrid (Sección 9ª), de 10 junio 2002. J. -Ginecología: en general. \*Falta de información adecuada. SAP Barcelona (Sección 16ª), de 14 junio 2001. L. -Neurología. \*Falta de información adecuada. SAP Madrid núm. 633/2004 (Sección 18ª), de 30 septiembre. M. -Odontología. \*Falta de información adecuada. SAP Valladolid núm. 384/2002 (Sección 1ª), de 15 noviembre. SAP Madrid (Sección 20ª), de 6 junio 2001. SAP Barcelona (Sección 12ª), de 2 julio 2002. N. -Oftalmología. \*Falta de información adecuada. SAP La Coruña núm. 41/2003 (Sección 1ª), de 3 febrero. SAP Barcelona (Sección 13ª), de 6 marzo 2002. SAP Alicante núm. 409/2002 (Sección 4ª), de 15 julio. O. -Podología. \*Falta de información adecuado. SAP Madrid núm. 187/2006 (Sección 10), de 21 febrero. T. -Traumatología. Falta de información adecuada. SAP Navarra núm. 36/2003 (Sección 1ª), de 12 febrero (JUR 2003, 84780). C.-Clínicas y hospitales. \*Falta de información adecuada. SAP Navarra núm. 20/2002 (Sección 1ª), de 1 febrero. SAP Valencia núm. 797/2002 (Sección 8ª), de 10 diciembre.



Estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostración de la infracción del criterio de normalidad.

**La ausencia documental del consentimiento informado invierte la regla general de la carga de la prueba**<sup>57</sup>, correspondiendo a la Administración acreditar que, a pesar de la no constancia documental, el paciente fue debidamente informado de los riesgos inherentes a la técnica utilizada en el caso concreto que le afecta. No resulta suficiente que el paciente tenga indicios –sobre la técnica a emplear– por otros medios que no se pueden constatar como fiables o ciertamente rigurosos.

**Tal omisión, debe considerarse, con arreglo a reiterada doctrina del Tribunal Supremo, como un daño autónomo que ha afectado al derecho de autodeterminación del paciente que debe ser, por sí mismo, indemnizado**, como tal daño moral autónomo, independiente de las secuelas que quedaron al paciente, aunque por sí mismas no resulten indemnizables, por no ser un daño que pueda calificarse de antijurídico<sup>58</sup>.

#### 4. Responsabilidad civil por daño moral a partir de la perturbación del derecho real

En España no existe duda alguna sobre la posición favorable de los tribunales con respecto a la indemnización del daño moral causado por responsabilidad civil extracontractual, e incluso por un incumplimiento contractual.

La jurisprudencia ha venido tradicionalmente refiriendo el concepto de daño moral al sufrimiento de la persona. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos de la personalidad conduce a entender que el daño moral es un concepto ligado a la dignidad de la persona que no siempre se traduce en un sufrimiento de carácter psicológico y que no siempre tiene una relación directa con él.

Observamos como en las resoluciones jurisdiccionales en las que se indemniza el daño moral por intromisión ilegítima en derechos reales, tales como vivienda, inmisiones de todo tipo, servidumbres, etc. como casi siempre hay una deficiente prueba pericial –incluso inexistente en muchos casos–, para acreditar el padecimiento o sufrimiento psíquico.

#### 4.1 Precisiones previas

Como decíamos anteriormente, parece que las resoluciones judiciales diluyen la problemática del daño moral en la del patrimonial, sin un patrón determinado, como si, aparentemente, se persiguiera paliar los daños morales con dinero, tarea intrínsecamente imposible.

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

<sup>57</sup> En consonancia con el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 1/2007 en el que se traslada la carga de la prueba al prestador de los servicios médicos.

<sup>58</sup> Como establece la STS de 4 de abril de 2000: «Esta situación (se refiere la citada STS a la omisión del consentimiento informado) no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud. Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que esta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención».

se integran con signo positivo en la función de utilidad del perjudicado, pero no aquéllos que afectan negativamente a las actividades económicas o laborales.

Por ello, parece aceptable entender que el concepto de «daño moral» con carácter general es aplicable a todo daño personal no patrimonial entendido como menoscabo de la integridad y dignidad personal. Su análisis pone de manifiesto la existencia de diversas categorías independientes de daño moral, que deben separarse para comprender la estructura de este concepto. Así, para XIOL RIUS **"existe un daño moral objetivo**, que es el que corresponde a la pérdida de la integridad personal y al menoscabo de la dignidad de la persona y de los derechos inherentes a la misma mediante los que se construye su ámbito de autonomía que no tienen carácter patrimonial y no son susceptibles propiamente de resarcimiento o indemnización, sino solamente de una compensación económica o de otra índole, que debe ser establecida con arreglo a criterios apreciativos por parte del juez o del legislador. Este daño moral, por ser objetivo, no requiere conciencia de pérdida ni tampoco sufrimiento personal. En el caso de los daños corporales el daño moral objetivo está indisolublemente unido a la lesión como deficiencia anatómica, funcional o generadora de una discapacidad. La pregunta acerca de si el gran lesionado que no tiene conciencia del daño sufrido por hallarse en coma vegetativo debe ser indemnizado por el daño moral sufrido debe obtener, según estos principios, una respuesta afirmativa. Este es el daño moral que debe ser recogido en las tablas básicas del baremo de accidentes de circulación, en lo que puede llamarse el primer apartado. No hace falta decir que la mención «incluidos daños morales», que figura en las tablas, no puede ser más inadecuada, por cuanto induce a confusión sobre lo que verdaderamente constituye el objeto de resarcimiento mediante las indemnizaciones básicas. **Existe un daño moral subjetivo o daño psicológico** cuando se trata de considerar el nivel de sufrimiento personal que el daño

impone a quien lo padece y que requiere conciencia de sufrimiento para su valoración<sup>59</sup>".

En materia de responsabilidad civil los daños se pueden clasificar de la forma siguiente:

- 1º. Daño material (property damage).** Es el que afecta a los bienes o patrimonio de un perjudicado (aggrieved; victim; damaged), que ha sufrido un daño en su persona, en sus derechos, bienes o intereses.
- 2º. Daño personal (personal injury).** Es sinónimo de daño corporal. Es la lesión sufrida en el cuerpo humano, incluso la pérdida de la vida.
- 3º. Daño consecuencial (consequential damage).** Para distinguirlo del daño directo, se da este nombre a aquel que es consecuencia mediata o indirecta de un daño ocasionado al paciente.
- 4º. Daños y perjuicios (damages).** Expresión que se utiliza para designar no sólo la pérdida producida como consecuencia directa de un evento (daño) sino también de las que indirectamente se deriven de este (perjuicio). Así, hay que distinguir entre el **daño emergente (general damage)**, que es el daño realmente producido, a diferencia del **lucro cesante (loss of profits)**, que es la ganancia o utilidad dejada de percibir y que se mide por la que se hubiera obtenido en caso de no haberse producido las circunstancias que lo han causado y consiste en el daño negativo que se produce por el no aumento del patrimonio del acreedor a consecuencia de la ganancia que ha dejado de percibir por causa de la actuación de deudor, conforme establece el artículo 1106 de nuestro Código Civil, el cual prescribe que «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

<sup>59</sup> Ponencia del Congreso de Responsabilidad Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona 2008. Véase también XIOL RÍOS, JUAN ANTONIO. Daño patrimonial y daño moral en el sistema de la Ley 30-1995. -En: Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. -Madrid: INESE. -Junio 1999; p. 305-314.



dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes». A su vez, los perjuicios pueden ser, **consecutivos** (pérdidas económicas derivadas del previo daño material o corporal) o **no consecutivos**, también llamados, perjuicio patrimoniales puros (que se producen sin la necesidad del previo daño material o corporal).

**5º. Daños morales (moral damages).** La comisión de una intromisión ilegítima en los derechos reales puede ocasionar daños en la persona o en sus bienes. Cuando dichos daños no afectan a la esfera económica del individuo (daños patrimoniales o materiales) sino a su esfera moral, nos encontramos ante el daño moral, el cual, si bien es de difícil conversión en una suma de dinero, no por ello debe de carecer de la adecuada indemnización, teniendo en cuenta el perjuicio sufrido, la culpabilidad del ofensor, su situación económica, etc. Aún estando reconocida en España la indemnización por daño moral, las cuantías son extraordinariamente bajas. No existen en España los daños punitivos<sup>60</sup>.

**Finalmente se puede establecer una clasificación de daños directos e indirectos, siendo el primero (direct damage)** sinónimo de daño, en general, para diferenciarlo del **daño consecuencial o indirecto** y el segundo (**consequential damage**), el causado no directamente por un riesgo, pero cuya causa próxima no radica en dicho riesgo. Es también sinónimo de pérdida consecuencial o de perjuicio (**in-direct loss or damage**). El daño indirecto (consequential damage) puede tener su origen en una **causa**

**directa (direct cause)** o en una **causa remota (remote cause)**. A diferencia de la causa próxima, es la más lejana de entre las que ha dado origen a un daño o pérdida. Notemos que la acreditación judicial del nexo de causalidad en el daño indirecto remoto es de muy difícil constatación, lo cual resulta de indudable importancia la hora de desestimar el alcance de la responsabilidad civil de por daño moral en tales casos.

Ello es así porque en sistema español de responsabilidad civil requiere la acreditación del nexo de causalidad para que exista responsabilidad en el daño moral.

## 4.2 ¿Cuándo hay que responder?

La responsabilidad por intromisión ilegítima en los derechos reales surge con la concurrencia de los requisitos de la misma, cuando sea declarada judicialmente o bien a resultas de un arbitraje. Por tanto es necesario que concurren todos los requisitos de la responsabilidad, tales como la perturbación de los derechos, el daño y la relación de causalidad (nexo de causalidad) entre la acción u omisión y el daño causado, cuya carga de la prueba corresponde al perjudicado, no se presume nunca y debe acreditarse suficientemente en cada caso<sup>61</sup>.

### 4.2.1 Daños morales por intromisión ilegítima en los derechos reales

Nuestro Tribunal Supremo ha llegado a afirmar (STS Sala 1ª, de fecha 31-10-2002, nº 1031/2002, rec. 1308/1997 que: «No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión

<sup>60</sup> Daños punitivos (punitive damages). En derecho anglosajón, es la penalización económica que impone el juez al causante de un daño, de cuantía extraordinaria y carácter ejemplarizante, por haber incurrido en un comportamiento de mala fe o conducta maliciosa. Tiene por objeto aliviar al perjudicado y castigar al demandado por su conducta y al propio tiempo servir de ejemplo. En España no existe la figura de los daños punitivos. El sistema legal español de reparación del daño causante de responsabilidad civil se basa en la reparación del daño (dejar a la víctima en situación similar como se encontraba antes del siniestro y no en la sanción al causante del daño. La reparación del daño (compensation for loss) es una de las formas de pago de la indemnización junto con la reposición del bien siniestrado, la entrega de una cantidad o la prestación de un servicio. Sinónimo de indemnización.

<sup>61</sup> Junto con el resto de los requisitos de la responsabilidad civil médica se exige la prueba de la relación de causalidad. Al respecto, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, CALIXTO, "Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria", en *Indret* 1/2004, Barcelona, 2004, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com> donde recoge una clasificación de sentencias por grupos de casos en función de cuando existen o no dudas acerca de la virtualidad causal de la intervención médica.

del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del *pretium doloris*. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial»<sup>62</sup>.

Lo cierto es que frente a la tesis de la improcedencia de la indemnización por daño por falta de acreditación del padecimiento o sufrimiento psíquico y por reclamarse un perjuicio patrimonial, existen una gran cantidad de resoluciones jurisdiccionales en las que se declara la procedencia de la indemnización por tal motivo. Así, frente o junto al deber de resarcir el daño patrimonial derivado de un lucro cesante o un daño emergente, ha tomado cuerpo en nuestro derecho la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración del patrimonio, va dirigida principalmente a proporcionar en la medida

de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado; concepción amplia del daño moral, que conlleva la declaración de indemnizables, a título de «*pecunia doloris*» a múltiples realidades surgidas de la vida práctica que afectan a los derechos reales del perjudicado.

El daño moral que producen las inmisiones ilegítimas, cuando exceden de los límites de la tolerable convivencia, son por sí mismos perjuicios indemnizables que, a pesar de la dificultad de cuantificación, no por ello dejan de ser susceptibles de valoración.

Sin embargo, en algunas ocasiones, la acreditación del daño moral en supuestos de intromisiones ilegítimas, no requiere sino la verificación del acaecimiento y persistencia de tal intromisión, de manera que la certeza de ese daño moral, como ha señalado la doctrina, "no precisa prueba adicional, aplicándose en casos de ruidos no tolerables el brocardo *in re ipsa loquitur*, según el cual cuando la realidad del daño moral depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, no se exige demostración añadida a la de esta realidad"<sup>63</sup>. Y así se establece, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de octubre de 2004"<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, Sentencia de 20 Mar. 2009, rec. 256/2008, Ponente: Vega de la Huerga, María Margarita. Nº de sentencia: 124/2009, Nº de recurso: 256/2008, en la que se aborda una acción real basada en la legitimación registral que reconoce el art. 38 LH. Con los requisitos de perturbación producida en la finca de los demandantes por unas obras realizadas en la finca colindante propiedad de la demandada, teniendo los actores inscrito en el Registro el dominio o derecho real cuya tutela solicitan en asiento vigente y sin contradicción, habiendo sido despojados de parte de la parcela de su propiedad por obras realizadas por la demandada en la finca colindante, al haberse producido un desplome de parte de la parcela de los demandantes, produciendo un menoscabo en su derecho de goce de su propiedad. La Sentencia condena a los demandados a restituir al estado original la finca de los actores, realizando a su costa las obras descritas en el informe pericial del arquitecto. Respecto del año moral se declara improcedente la indemnización por daño por falta de acreditación del padecimiento o sufrimiento psíquico y por reclamarse un perjuicio patrimonial.

<sup>63</sup> DOMINGO MONFORTE, JOSÉ; BERMEJO FERRER, YOLANDA; MUÑOZ PAZ, ÁNGEL y ESCRICHE MONZÓN, MARÍA DEL CARMEN. Responsabilidad civil y protección jurídica por contaminación acústica en los órdenes administrativo, penal, civil y laboral. En: Diario La Ley, N.º 6311, 5 Sep. 2005, Ref. D-195, Editorial LA LEY.

<sup>64</sup> Sentencia entre cuyos fundamentos jurídicos destacamos: «En cuanto a los daños causados, y puesto que la demanda, junto con la condena a la adopción de medidas de insonorización y de limitación del sonido, y aun de cesación en la actividad, solicita la indemnización de los producidos a los miembros de la comunidad actora, ha de rechazarse el criterio particularmente restrictivo de que hace gala el escrito de oposición al recurso en lo relativo a los daños morales, respecto de cuya demostración en el proceso, la cual niega se haya verificado satisfactoriamente, viene a exigir una acreditación detallada, siendo así que, si bien los daños corporales, psíquicos o físicos, que se hubieran ocasionado, al igual que los materiales y que los perjuicios económicos, deben ser probados determinadamente en su realidad y alcance (SSTS de 19 de octubre de 1994 y 20 de mayo de 1996), el denominado «daño moral», consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico: ansiedad, angustia, zozobra, temor, incertidumbre, desasosiego, malestar, irritación (SSTS de 27 de julio de 1994, 22 de mayo de 1995, 27 de enero de 1998, 12 de julio de 1999 y 31 de mayo de 2000) como los que habitualmente acompañan o subsiguen a la intromisión sonora grave, no requiere sino la verificación en autos del acaecimiento y persistencia de tal intromisión, de modo que la certeza de ese daño moral para quienes la han soportado no precisa prueba adicional, con lo que se viene a aplicar a estos casos de ruidos no tolerables la doctrina representada en el brocardo *in re ipsa loquitur*, según la cual cuando la realidad del daño moral «depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa», no se exige demostración añadida a la de esta realidad (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000). Tocante a la cuantía de los causados en el caso, la valoración de sus circunstancias, y en especial la duración, intensidad y frecuencia del trastorno producido, con particular incidencia a altas horas de la noche, se estima adecuada la solicitada dentro del *petitum* de la demanda, ello en una apreciación ocioso es decir que prudencial y a tanto alzado, tal como, reconociendo que la cuantificación del daño moral por ruidos molestos resulta en todo caso compleja, hacen buen número de Audiencias Provinciales (por ejemplo, SAP Barcelona Secc. 1.ª de 3 de marzo de 1999, SAP Asturias Secc. 1.ª de 28 de febrero de 2000, SAP Lérida Secc. 2.ª de 15 de octubre de 2000)».



Con independencia de ello, observamos como en las resoluciones jurisdiccionales en las que se indemniza el daño moral por intromisión ilegítima en derechos reales y los defectos de construcción, casi siempre hay una deficiente prueba pericial –incluso inexistente en muchos casos–, para acreditar el padecimiento o sufrimiento psíquico<sup>65</sup>.

#### 4.2.2 Nexo de causalidad

El hecho de una discusión judicial sobre la titularidad de un derecho real no implica de por sí un daño moral<sup>66</sup>, de manera que hay que acreditar la existencia del daño moral y la relación de causalidad existente entre la intromisión ilegítima en el derecho real y el daño moral, pues de lo contrario, no concurriendo todos los requisitos de la responsabilidad civil, la reclamación de indemnización por daño moral no deberá prosperar.

Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión y el daño o perjuicio resultante, la jurisprudencia viene aplicando el **principio de la causalidad** adecuada que exige, para apreciar la culpa del causante del daño, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo valorarse, en cada caso concreto, si el acto antecedente que se valora como causa, tiene virtualidad suficiente para que el mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido<sup>67</sup>.

En el nexo causal entre la conducta de la intromisión ilegítima en los derechos reales y la produc-

ción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad del acto propiamente dicho y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad adecuada es más bien un problema de imputación; esto es, que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quien se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar<sup>68</sup>.

#### 4.2.3 Causalidad adecuada

**Como consecuencia de la equivalencia de condiciones**, según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado de forma que éste no se hubiere producido si la condición no se hubiere dado –condicio sine qua non–, **y de la causalidad adecuada**, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente adecuada para producir un resultado de la clase dado, de tal manera que si la apreciación es afirmativa cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente –causa– y una consecuencia –efecto–, también es de afectar el módulo cuantitativo cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como que ésta no sea generante de una causa indemnizatoria independiente<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Fuentes utilizadas en la recopilación de sentencias: Indemnizaciones por daños morales II, páginas 829 a 956, Thomson Aranzadi, Navarra 2008 y Base de datos general La Ley 4/2009.

<sup>66</sup> Así lo afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, Sentencia de 30 Oct. 2007, rec. 68/2007.

<sup>67</sup> Debe responderse por los daños cuya causación era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, es decir, cuando se trata, como en el caso, de daños previsibles. En el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad es más bien un problema de imputación, esto es, que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputado a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar. TS. TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1) 23/11/1994 Ponente Santos Briz.

<sup>68</sup> TS. TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1) 20/10/1997 Ponente González Poveda.

<sup>69</sup> TS. TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1) 03/06/1991 Ponente Fernández Rodríguez.



#### 4.2.4 Interrupción del nexo de causalidad

La jurisprudencia mayoritaria admite la interrupción del nexo causal por la intervención dolosa e intencional de un tercero, que priva de responsabilidad al agente inicial cuando el resultado no se corresponde con el actuar u omisión de éste y sí con la conducta de aquél, abandonando posturas cercanas a la teoría de la equivalencia de las condiciones; pero no es menos cierto que la moderna jurisprudencia opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal<sup>70</sup>.

Aun concurriendo una conducta negligente en el demandado, el mismo puede verse exentos de responsabilidad si acredita que entre su comportamiento y el resultado dañoso ha mediado una causa extraña de suficiente entidad que, interfiriéndose en el nexo de causalidad, lo rompa<sup>71</sup>.

#### 4.2.5 Insuficiencia de las simples conjeturas para apreciar el nexo de causalidad

La jurisprudencia se basa en la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión –causa– y el daño o perjuicio resultante

–efecto–, valorando en cada caso si el acto precedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, siendo insuficiente a estos efectos las simples conjeturas para estimar acreditado el nexo causal cuestionado (TS 1.ª SS 3 y 4 Jul. 1998).

En nuestra opinión las causas remotas (*remote cause*) en los daños morales indirectos son en la mayoría de los casos meras conjeturas. Es doctrina básica y reiterada la que establece que no caben en sede de nexo causal meras deducciones, conjeturas o probabilidades, sino que se precisa la certeza probatoria<sup>72</sup>.

El sistema español de responsabilidad civil, no establecen limitación de la responsabilidad y tampoco limitan los tipos de daños indemnizables. Pero no es menos cierto que la probabilidad de que prospere una reclamación basada en daños indirectos por **causa remota (remote cause)** es prácticamente irrelevante.

La jurisprudencia española por su parte habla de daño moral «puro» y considera que daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir, los que no acarrearán ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valiables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado.

<sup>70</sup> TS. TRIBUNAL SUPREMO, (Sala 1) 30/03/2006 Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio.

<sup>71</sup> TS. TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1) 18/03/1998 Ponente Fernández-Cid de Temes.

<sup>72</sup> TS. TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1) 08/02/2000 Ponente Corbal Fernández. Véase también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 30 Mar. 2006, rec. 3422/1999. Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio. Nº de Sentencia: 341/2006 Nº de Recurso: 3422/1999 Jurisdicción: CIVIL También la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 27 Dic. 2002, rec. 1772/1997 Ponente: Romero Lorenzo, Antonio. Nº de Sentencia: 1290/2002. Nº de Recurso: 1772/1997 Jurisdicción: CIVIL.



Así la doctrina distingue entre daño moral «directo» y daño moral «indirecto» pero al hacerlo **parte**, no de la relación de causalidad entre los hechos generadores de la responsabilidad civil, sino **de la naturaleza de los intereses jurídicos afectados**. En este sentido el daño moral es directo, como afirma VIELMA «si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial»; el daño moral será indirecto «si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial». Tal distinción no es novedosa y surge de la teoría general del daño, y se siguen los mismos parámetros para conceptualizar el daño patrimonial directo y el daño patrimonial indirecto. De este modo se establece, así como el daño patrimonial es una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial, el daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial<sup>73</sup>.

### 5. Prueba pericial del daño moral originado por intromisiones ilegítimas en derechos reales

Se precisan pruebas periciales de tipo objetivo a la hora de valorar tanto el hecho motivador de la intromisión ilegítima de los derechos reales, como las consecuencias producidas en la esfera patrimonial y moral del perjudicado.

Hemos advertido anteriormente que la perturbación ilegítima en los derechos reales puede causar tanto un daño moral objetivo como subjetivo. En el primer caso el interés fundamental de

la prueba deberá dirigirse hacia la constatación del menoscabo de la dignidad de la persona y de los derechos de la personalidad inherentes a la misma, mientras que en el segundo el objeto de la pericia deberá dirigirse a la constatación del sufrimiento psíquico de las personas a consecuencia de la perturbación en los derechos reales.

El menoscabo de los derechos de la personalidad se puede producir como consecuencia de la trasgresión de derechos de la personalidad que gozan de reconocimiento expreso en la Constitución<sup>74</sup>. El derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, reconocidos en el artículo 15 de la CE, derecho cuyo contenido –siguiendo la clasificación de NAVEIRA ZARRA– puede concretarse en las facultades como el derecho a la integridad física, entendido como el derecho a no sufrir ninguna limitación o merma de dicha integridad; el derecho a la integridad psíquica, entendido como el derecho de la persona a no ver herida, modificada o anulada su voluntad, sus ideas o pensamientos, sus sentimientos; el derecho a la salud física y mental frente a enfermedades no constitutivas de restricciones a la integridad física o psíquica; el derecho al bienestar físico y psíquico, entendido como el derecho de la persona a que no se le hagan padecer dolores o molestias, tanto físicas como psíquicas; y el derecho a la propia apariencia personal o derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa a través de actos no constitutivos de limitaciones a la integridad física. Sin perjuicio de que "todas aquellas situaciones jurídicas relativas a la persona que carezcan de la protección brindada por

<sup>73</sup> VIELMA MENDOZA, YOLEIDA, Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual. II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba, 3 y 4 de mayo de 2001. <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Vielma.htm> Web consultada 17 de mayo de 2009.

<sup>74</sup> Como ocurre en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, bajo el epígrafe «Derechos fundamentales y libertades públicas».

una normativa específica deben ser protegidas, siempre que así lo exija la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad"<sup>75</sup>.

La prueba pericial tiene que ir dirigida por un lado a la constatación veraz<sup>76</sup> de los hechos que generan la vulneración ilegítima de los derechos reales y por otro a la evaluación del daño patrimonial y extramatrimonial que supone tal perturbación, sin perjuicio de determinar las medidas correctivas apropiadas para la solución de los problemas generados a raíz de la intromisión ilegítima en los derechos reales.

Por otro lado para evaluar cuantitativamente el daño moral deben tenerse en cuenta las circunstancias que concurran en cada caso, en particular la duración, intensidad y frecuencia o continuidad de las intromisiones ilegítimas en los derechos reales, la normalidad o anormalidad de los usos que las generan, incluso el momento en que se producen, en caso de inmisiones intermitentes o bien la constatación de su permanencia en el tiempo si el daño es continuado.

Tengamos en cuenta que el informe pericial se dirige a personas no expertas, que solicitan un análisis técnico, razonado por un proceso lógico argumental que permita constatar situaciones fácticas cuando sea posible, o bien describir las bases necesarias para la presunción ulterior que corresponde al órgano jurisdiccional<sup>77</sup>. Tal es la ventaja práctica de una buena pericia<sup>78</sup> y la finalidad prevista en el art. 335 de la LEC cuando establece que cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

Desde el punto de vista formal el dictamen pericial<sup>79</sup> deberá especificar el número de actuaciones judiciales y el juzgado o tribunal solicitante del informe para conseguir la localización inmediata del expediente. También deberán constar el nombre, apellidos, DNI, dirección y teléfono del perito, a efectos

<sup>75</sup> Como indica NAVEIRA ZARRA, MAITA MARÍA en «El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual», EDESA (2006), al referirse a las clases de daños resarcibles y a la forma en que esta protección puede instrumentarse a través del art. 10 de la CE, invoca los siguientes argumentos: "a) Existen unos argumentos de carácter substancial, que derivan del tenor literal del art. 10 de la CE, el cual, por un lado, al referirse a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes, identifica esta dignidad con la raíz de los derechos de la personalidad, de tal modo que siempre que la dignidad de la persona exija que se proteja una determinada situación, la misma debe ser protegida. Por otro lado, la disposición comentada califica la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como «fundamento del orden político y de la paz social». Por tanto, como fundamento del orden jurídico, que, como tal fundamento, ha de ser objeto de una protección máxima. b) Por otra parte, nos encontramos con un argumento de carácter sistemático: el art. 10 de la CE está situado en el umbral de los derechos de la personalidad, al preceder el tratamiento o regulación de los mismos, por lo que se puede afirmar que constituye el germen y el fundamento de estos derechos. En este sentido se pronunció el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de abril de 1985 (STC 53/1985), al afirmar que la colocación del precepto en el pórtico del Título I indica que dicha disposición constituye «el punto de arranque, el pórtico ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos». Estos argumentos permiten considerar la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como cláusula de cierre de la protección de los derechos de la personalidad, lo que ha permitido englobar dentro de estos derechos la protección del derecho al cambio de sexo, del derecho al trasplante o del derecho al nombre, derechos éstos que, pese a no gozar de protección específica, resultan amparados con base en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad". Véase también RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, «Comentario del art. 15 de la Constitución Española de 1978», en ALZAGA VILLAMIL, OSCAR. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 316.

<sup>76</sup> En caso contrario el perito puede incurrir en los tipos y penas de los artículos: Artículo 459 del Código penal. "Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años". Y Artículo 460 del Código penal. "Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años".

<sup>77</sup> Sobre la diferencia entre la presunción judicial y la presunción pericial véase SALA GUARDIOLA, FRANCISCO JAVIER *La Presunción judicial y la presunción pericial*-En: *Pericia*-Madrid: Asociación de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías.-01/01/2008 Número 35 Enero 2008.

<sup>78</sup> *Las Ventajas de una herramienta de valoración*. En: *Pericia*-Madrid: Asociación de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías.-01/05/2009 Número 40-mayo 2009.

<sup>79</sup> BARBA MORÁN, MANUEL CARLOS. *El Dictamen pericial en ergonomía y psicología aplicada: manual para la formación del perito (D.L.2007)*-Madrid: Tébar, D.L. 2007.



de citas o consultas, así como la profesión y títulos o cualquier otro mérito profesional que posea el perito, relativos a la materia acreditando así su formación profesional<sup>80</sup> y la fecha de emisión del informe. El informe deberá contener la manifestación, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito<sup>81</sup>.

Razones prácticas<sup>82</sup> y la propia trascendencia de la prueba<sup>83</sup> hacen recomendable que el informe pericial deben ser preciso, cronológicamente acorde con las fuentes invocadas<sup>84</sup>, sencillo, sin caer en la redundancia ni en errores<sup>85</sup> y debe ser conciso; la explicación y el contenido deben estar estructurados en orden lógico, debiéndose evitar párrafos largos<sup>86</sup>. El análisis realizado ha de estar en concordancia con lo que se pregunta<sup>87</sup>. Por otro lado ha de ser obje-

tivo, característica intrínseca al perito, no debiendo incluir términos jurídicos. Finalmente es conveniente presentar fotografías (numeradas y tituladas)<sup>88</sup>; planos<sup>89</sup>, croquis y la documentación adjunta original o compulsada por fedatario público.

En lo referente al contenido del informe técnico deberá centrarse tanto en las preguntas o apartados objeto de la prueba pericial, centrándose en los hechos propiamente dichos<sup>90</sup>, dejando claro cuando estén empíricamente constatados cual fue el método empleado en su constatación. Todas las argumentaciones han de ser técnicas, evitando afirmaciones subjetivas y no demostrables, pues de lo contrario el dictamen podrá ser objeto de impugnación<sup>91</sup>. Es conveniente recoger el máximo número de consideraciones posibles, que clarifiquen las conclusiones del informe, tales como la descripción de la intromisión en los derechos reales, los daños cuando existan<sup>92</sup> y características técnicas de la intromisión, así como la descripción del estado habitual y de su estado tras

<sup>80</sup> Conforme al Artículo 340 de la LEC se establecen las siguientes condiciones de los peritos. "1. Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias. 2. Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello. 3. En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335".

<sup>81</sup> Art. 335 de la LCE.

<sup>82</sup> La Necesidad o no de la utilización de los peritos: su labor ayuda sobremanera al control del coste de daños... AGUD CABEZA, ARTURO. En: Pericia: revista de la Asociación Profesional de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías. Madrid. nº 30, Junio 2006; p. 14-17. También, Guía de actuación y responsabilidades del perito en los procedimientos civiles, penales,... (D.L.2006). HUMERO MARTÍN, ANTONIO E. Madrid: Dykinson, D.L. 2006.

<sup>83</sup> La Irrevocabilidad del perito de seguros en la peritación contradictoria. ALONSO SAMA, JUAN ANTONIO. En: Pericia: revista de la Asociación Profesional de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías: Documento. Madrid. nº 33, Junio de 2007; p. 38-39.

<sup>84</sup> El Perito ante el nuevo Código Técnico de la Edificación: abre nuevas vías para los profesionales de la peritación-UREÑA, JULIO-En: Pericia: revista de la Asociación Profesional de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías: Documento. Madrid. nº 30, Junio 2006; p. 34-35.

<sup>85</sup> FERNÁNDEZ, PABLO. 201 errores en la valoración de empresas: diagnóstico para conocerlos y prevenirlos (D.L.2008). Barcelona: Deusto, D.L. 2008.

<sup>86</sup> Véase al respecto FAMILIAR MARTÍN, M<sup>a</sup> LOURDES. El Perito ante el juzgado: elaboración del informe pericial de daños en automóviles-En CESVI-MAP: Revista técnica de reparación y peritación de daños en carrocería y pintura de automóviles. Madrid: Centro de Experimentación y Seguridad Vial MAPFRE= ISSN 1132-7103. 01/06/2009 Número 68-junio 2009, p. 43-45.

<sup>87</sup> JANÉ CALLEJA, ENRIC. La Peritación de siniestros multirriesgo: interpretación de garantías y casos prácticos (2000)-Barcelona: Winterthur, 2000.

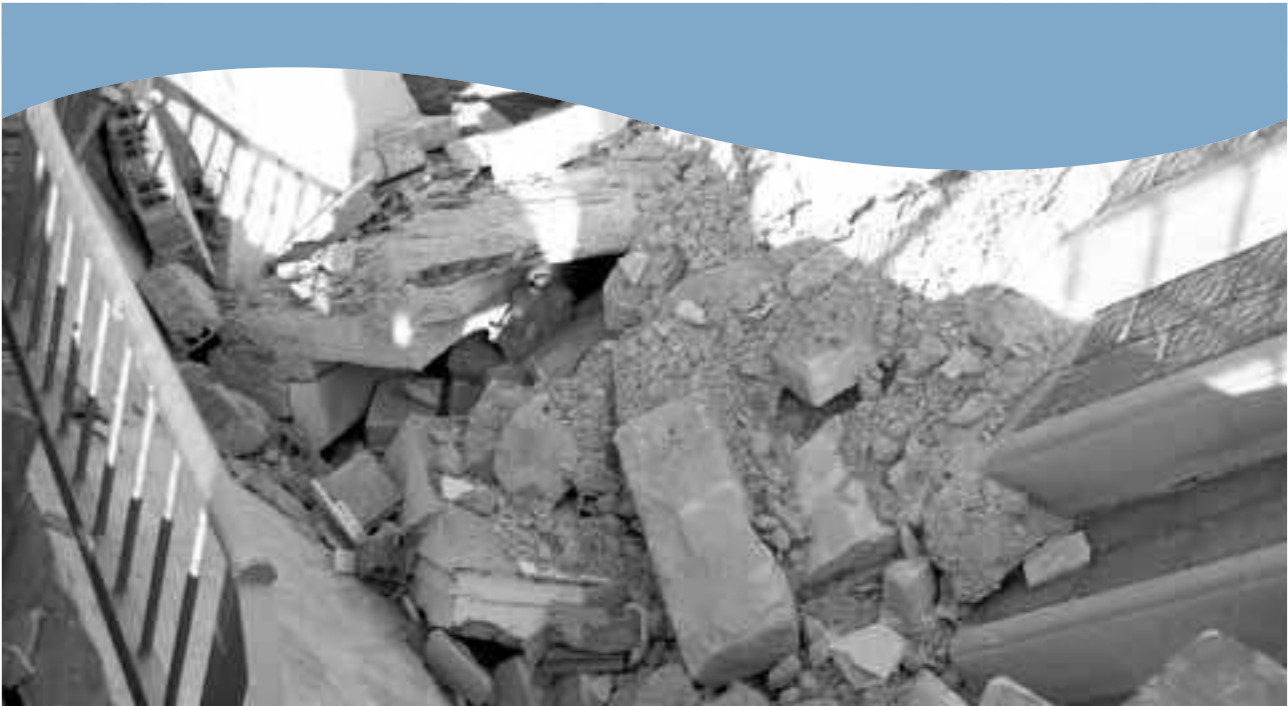
<sup>88</sup> Véase al respecto MAURENZA ROMÁN, JOSÉ ANTONIO. Porque más vale una imagen...: la fotografía digital como apoyo a la peritación. En CESVI-MAP: Revista técnica de reparación y peritación de daños en carrocería y pintura de automóviles. -Madrid: Centro de Experimentación y Seguridad Vial MAPFRE= ISSN 1132-7103. 01/06/2009 Número 68-junio 2009, p. 47-49.

<sup>89</sup> ROBERTS URRUTIA, ROBERTO. El Siniestro: peritación del siniestro de responsabilidad civil en la construcción (1992). -Madrid: AGERS: INESE, 1992.

<sup>90</sup> DAVIS, JOHN D. Spoiled evidence: preventing. -En: Risk management. -New York.-nº 2, February 2004; p. 20-23.

<sup>91</sup> Véase al respecto BACIGALUPO, ENRIQUE. La Impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal: reflexiones sobre un decenio de aplicación... En: Estudios de jurisprudencia: revista COLEX. Madrid.-año I, nº 1, junio 1992; p. 47-54. También ROBLEDANO, JOSÉ MANUEL. Análisis de las causas de impugnación del dictamen pericial en la Ley de Contrato de Seguro: la responsabilidad de... En: Revista de derecho de los seguros privados. Madrid. nº 4, Julio-Agosto 1999; p. 7-25.

<sup>92</sup> Véase NÚÑEZ ALDAZ, IMANOL. Acción preventiva y generación de activos intangibles: criterios de valoración (2008)-Madrid: INSHT, 2008.



la perturbación del derecho real. No deben reflejarse consideraciones superfluas ni hipótesis sobre el origen de la intromisión<sup>93</sup>. El análisis técnico debe recoger las operaciones practicadas y sus resultados y las valoraciones deben ser razonadas con su correspondiente justificación en cualquier caso<sup>94</sup>, especialmente cuando forme parte del informe las acciones correctivas necesarias para la reparación del daño y su cuantificación<sup>95</sup>, incluida la pérdida de ganancia<sup>96</sup>.

## 6. Conclusiones

A modo de conclusiones de este estudio podemos afirmar que no existe una pauta clara ni en

la normativa legal donde aparece la referencia al daño moral, ni en las resoluciones judiciales sobre el origen del daño moral como hecho generador de la responsabilidad. Particularmente, el comportamiento errático de los órganos jurisdiccionales responde más a criterios de justicia material que a un orden natural en la causa de imputación de la responsabilidad y denota una actuación, en suma, carente de coherencia en las resoluciones judiciales que vinculan intromisión ilegítima en los derechos reales con el daño moral.

Sin perjuicio de ello en las resoluciones judiciales hemos constatado disparidad de criterios, si bien predomina el que asocia el daño moral

<sup>93</sup> RUIZ ECHAURI, JOAQUÍN. La Peritación de siniestros de responsabilidad civil y la intervención procesal de los peritos. En: Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. -Madrid: INESE. -nº 2, Febrero 2005; p. 4-21.

<sup>94</sup> Véase SANTOS RUIZ, MANUEL. Método de valoración de bienes inmuebles. En: Pericia. Madrid: Asociación de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías. Número 38-noviembre 2008, p. 19-22.

<sup>95</sup> REVENGA PENELAS, ROBERTO. Financiación de la reconstrucción. Reparación en el siniestro de daños materiales y pérdidas consecuenciales: ... (1995). Madrid: AGERS: INESE, 1995.

<sup>96</sup> ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo, en Revista de Derecho Privado, 1998, p. 361 y ss., CARRASCO PERERA, Comentario al art. 1106 del Código Civil, en los Comentarios al Código Civil dirigidos por M. Albaladejo. CERDÁ OLMEDO, MIGUEL, Responsabilidad civil por daños futuros, en ADC, 1985, pp. 623 y ss. DE CUPIS, A., «El daño», traducción de Angel Martínez Carrión, Edit. Bosch, 1975. LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER El Lucro cesante por la paralización de vehículos destinados a la actividad empresarial.- En: Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.- Madrid: Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.- nº 26, segundo trimestre de 2008; p. 28-54. MOISSET DE ESPANES, Reflexiones sobre el "daño actual" y el "daño futuro", con relación al "daño emergente" y al "lucro cesante", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, pp. 195 y ss. SANTOS BRIZ, La responsabilidad civil, Madrid, 1993. YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual, Dykinson, 2001.



prácticamente con cualquier intromisión ilegítima. La protección que los tribunales otorgan frente a las inmisiones por ruidos y el reconocimiento a la indemnización al que la ha sufrido es extrapolable cuando la molestia proviene de otras inmisiones, tales como vibraciones, olores, fluidos, humos, etc., siempre y cuando la intromisión sea considerada ilegítima y quien la sufra no tenga el deber jurídico de soportarla.

La prueba pericial debe distinguir entre daño moral objetivo y subjetivo. Su práctica resulta capital a la hora de estimar la posible intromisión ilegítima en los derechos patrimoniales, su utilización supone un medio probatorio más de indudable utilidad para el órgano jurisdiccional. Sin embargo hemos detectado la ausencia sistemática de una prueba

pericial tendente a facilitar la labor de valoración del daño moral producido por el hecho motivador del daño que produce el estado del perjudicado en el triple ámbito personal, familiar y socio-laboral. Esta carencia debería suplirse por una actividad pericial probatoria específica que estableciera los hechos relevantes, su análisis correcto y los razonamientos lógicos del impacto inmaterial sufrido en el perjudicado, tras la intromisión ilegítima perpetrada, sobre la base de hechos probados, contrastables, con conclusiones claras, concisas y bien motivadas.

Finalmente, no existen resoluciones de daño moral indirecto remoto, entendiendo como tal aquel que carece de una relación de causalidad adecuada entre la intromisión ilegítima en el derecho real y el daño moral.