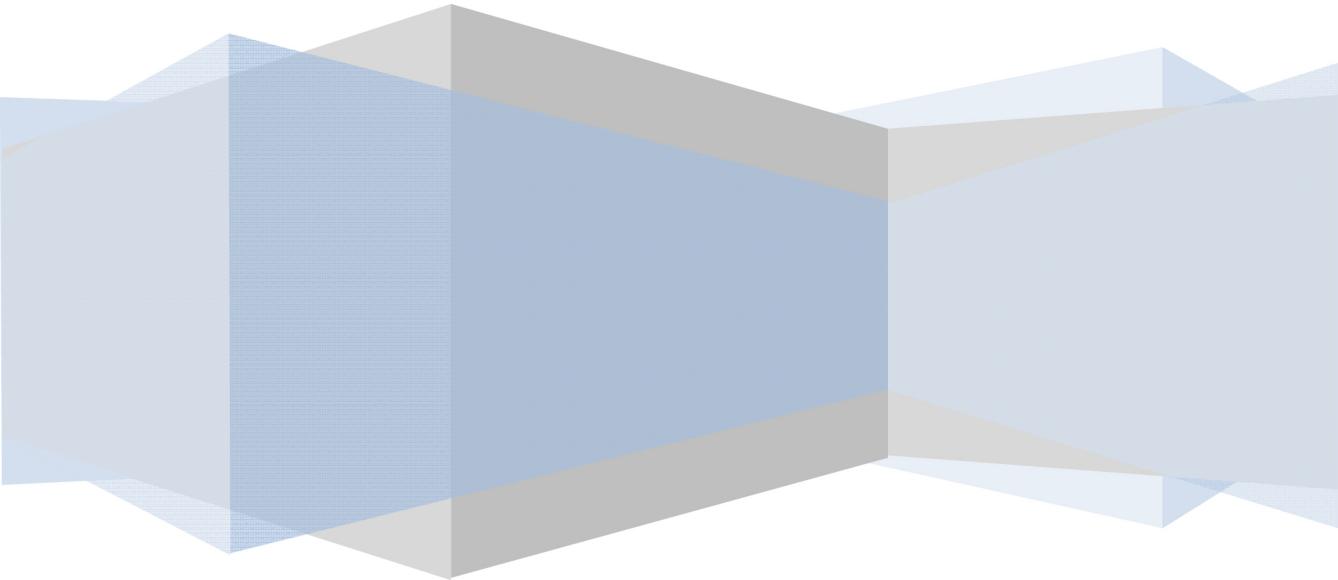


Problemas actuales de la responsabilidad civil

Módulo de formación de jueces y magistrados

EUGENIO LLAMAS POMBO



LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

**MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

Presidente
HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados
JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ
Coordinador Académico del Área Civil

EUGENIO CAROLO LLAMAS POMBO

LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

**MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”**

ISBN

NOMBRE DEL AUTOR: EUGENIO CAROLO LLAMAS POMBO

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2011

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9^a -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: xxxxx de 2011

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial:

Impresión:

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA EN EL ÁREA CIVIL, AGRARIO Y COMERCIAL

PRESENTACIÓN

El Módulo sobre Los Problemas Actuales de la Responsabilidad Civil forma parte del Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas y la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo, bajo la coordinación del Magistrado Néstor Raúl Correa Henao, con la autoría del doctor **EUGENIO CAROLO LLAMAS POMBO**, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El Módulo sobre Los Problemas Actuales de la Responsabilidad Civil que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con servidoras y servidores judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos. De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor **EUGENIO CAROLO LLAMAS POMBO** fue validado con los Funcionarios y Empleados de los Comités Académicos quien con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. *Investigación Aplicada*: Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.

2. *Plan de Formación*: Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.

3. *Proyección Social de la Formación*: Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “*learning societies*”, *organizaciones que aprenden* “*learning organizations*”, y *redes de aprendizaje* “*learning networks*”¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo de la Escuela, en donde los autores/as contaron con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados y Jueces, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en

la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. Preparatoria. *Reunión Preparatoria.* Con esta etapa se inicia el programa de formación; en ella la red de formadores/as con la coordinación de la Escuela Judicial, presenta los objetivos, la metodología y la estructura del curso; se precisan los módulos transversales y básicos que le sirven de apoyo, y se reitera el uso del Aula y Campus Virtuales. Así mismo, se lleva a cabo el *Ánálisis Individual* tanto de los módulos como del caso integrado e integrador cuyas conclusiones se comparten mediante su publicación en el Blog del Curso.

Etapa II. Integración a la Comunidad Judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos formativos. Esta etapa está conformada por cuatro fases claramente identificables:

La *Reunión Inicial del Módulo* en la cual se presentan los objetivos del módulo, la agenda, las guías didácticas y los materiales para su estudio y se fijan los compromisos pedagógicos por parte de los y las discentes con el curso de formación que inician.

El *Ánálisis Individual* que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, estudio y análisis del módulo, el desarrollo de los casos y ejercicios propuestos en el mismo, con apoyo en la consulta de jurisprudencia, la doctrina y el bloque de constitucionalidad, si es del caso.

El *Foro Virtual* constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es buscar espacios de intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial.

El *Conversatorio del Curso* que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión y dirección alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias y juego de roles, entre otras estrategias pedagógicas.

Etapa III. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los servidores que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, se traduce en un mejoramiento permanente de la misma y por ende, una respuesta con calidad y más humana para los usuarios y usuarias. Esta etapa se desarrolla mediante tres fases:

La *Aplicación in situ* busca "aprender haciendo" de manera que la propuesta académica se convierta en una herramienta útil en el quehacer judicial permitiendo identificar las mejores prácticas en los casos que se sometan al conocimiento de la respectiva jurisdicción o especialidad.

El *Seguimiento* a través de conversatorios presenciales o por videoconferencia que posibiliten a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a reforzar los contenidos de los módulos desarrollados y fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial mediante su participación en el Blog de Mejores Prácticas.

Las *Monitorias* en donde los formadores y formadoras se desplazan a los distintos distritos, con el fin de observar el funcionamiento de los despachos en cuanto a la aplicación de los contenidos de los módulos o reformas e intercambiar puntos de vista sobre dicha gestión; este ejercicio se complementa con los "conversatorios distritales" en los que participan todos los magistrados, magistradas, juezas y jueces de la sede, al igual que, otros intervenientes y usuarios involucrados en la problemática que se aborda. Todo lo anterior, con el fin de plantear nuevas estrategias de mejoramiento de la práctica, mediante la cualificación del programa formativo

Etapa IV. Evaluación del Curso: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo, con el fin de establecer el avance en la obtención de los logros alcanzados frente a los objetivos del programa, así como la aplicación de indicadores y su respectivo análisis y mediante la profundización sobre casos paradigmáticos de la especialidad o jurisdicción en el *Observatorio Académico* de la EJRLB cuyos resultados servirán de insumo para EJRLB futuros programas de formación.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada

durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces la República, Empleados y expertos juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial para prestar un buen servicio a las y los ciudadanos.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que está inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como: La Ética Judicial, Igualdad de Género en la Administración de Justicia, Argumentación Judicial en Debates Orales y Escritos, Filosofía del Derecho, Estructura de la Sentencia, Prueba Judicial, Interpretación Constitucional, Interpretación Judicial, Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es

importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Judicial Especializada **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial** que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial**.

SUMARIO

1.- EL DERECHO DE DAÑOS, SISTEMA Y PROBLEMA

1.1.- LA UNIFICACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD

1.1.1.- LA DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

1.1.2.- LA MAL LLAMADA (Y PEOR ENTENDIDA) RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

1.2.- LA JURISPRUDENCIA, PILAR DEL DERECHO DE DAÑOS

1.3.- EL NEGOCIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.4.- DE NUEVO SOBRE LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.5.- EL PRINCIPIO *PRO DAMNATO*

1.6.- ¿EXISTE EL DAÑO EXTRACONTRACTUAL *IN RE IPSA*?

1.7.- EL DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

1.8.- ANTIJURIDIDAD VERSIÓN 3.0

1.9.- EL NUEVO SANEAMIENTO EN PRÁCTICA

1.10.- ¿RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL SIN RESPONSABILIDAD CIVIL?

1.11.- ANIMALES, VICIOS REDHIBITORIOS Y *ALIUD PRO ALIO*

2.- PREVENCIÓN Y REPARACIÓN, LAS DOS CARAS DEL DERECHO DE DAÑOS

2.1.- PLANTEAMIENTO

2.2.- TESIS: LA PREVENCIÓN-EVITACIÓN DEL DAÑO, MISIÓN IRRENUNCIABLE DEL DERECHO CIVIL

2.3.- ANTÍTESIS: LA DISCUTIDA (Y DIFÍCILMENTE SOSTENIBLE) FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.3.1.- La pretendida multifuncionalidad de la responsabilidad civil

2.3.2.- Discusión

2.4.- SÍNTESIS: TUTELA CIVIL INHIBITORIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL, DOS ÁMBITOS DISTINTOS DEL DERECHO DE DAÑOS

2.5.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y COMPARADOS DE LA TUTELA CIVIL INHIBITORIA ATÍPICA.

2.6.- CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CONFIGURACIÓN ATÍPICA, UNITARIA Y AUTÓNOMA DE LA TUTELA CIVIL INHIBITORIA.

2.7.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE TUTELA INHIBITORIA TÍPICA.

2.8.- REQUISITOS DE LA TUTELA CIVIL INHIBITORIA.

2.9.- ADDENDA: UN CASO DE TUTELA PREVENTIVA DEL DAÑO

3.- FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO

3.1.- PLANTEAMIENTO

3.2.- DE NUEVO, EL PROBLEMA DEL CONCEPTO DE DAÑO

3.3.- ¿EN QUÉ CONSISTE EL *ID QUOD INTEREST*?

3.3.1.- Significado histórico

3.3.2.- Naturaleza funcional

3.3.3.- Indemnizar y reparar

3.3.3.1.- La necesaria precisión terminológica

3.3.3.2.- El género *reparar* y la especie *indemnizar*

3.3.3.3.- Indemnizar es prestar el *id quod interest*

3.4.- A CADA TIPO DE DAÑO, SU FORMA DE REPARACIÓN

3.4.1.- Adecuación de la reparación al daño

3.4.2.- Clasificación de las formas de reparación

3.4.3.- Reparación integral y compatibilidad entre medios reparatorios

3.5.- LA REPARACIÓN EN FORMA ESPECÍFICA

3.5.1.- Concepto

3.5.2.- La preferencia de la reparación *in natura*

3.5.3.- Las excepciones a tal preferencia

3.5.3.1.- La facultad optativa de la víctima

3.5.3.2.- Imposibilidad

3.5.3.3.- Excesiva onerosidad

A.- La excepción en general

B.- *Quid* respecto del enriquecimiento injusto?

C.- Costes de reparación y valor venal

3.5.4.- Las formas de reparación *in natura*

3.5.4.1.- Reposición mediante obligación de hacer del responsable o de un tercero a su costa

3.5.4.2.- Reposición al estado anterior mediante obligación negativa

3.5.4.3.- Restitución de las cosas

3.5.4.4.- Sustitución del objeto

3.5.4.5.- Reembolso de gastos e inversiones

3.6.- LA INDEMNIZACIÓN O PRESTACIÓN DEL *ID QUOD INTEREST*

3.6.1.- Naturaleza de la obligación indemnizatoria

3.6.2.- Indemnización por equivalente y compensación satisfactiva

3.6.3.- Lo que no es indemnización

3.6.3.1.- La restitución del enriquecimiento

3.6.3.2.- Los “daños punitivos”

3.6.4.- El problema de la cuantificación

3.6.5.- Carácteres de la obligación indemnizatoria

4.- LOS REMEDIOS DEL ACREDITOR FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO

4.1. PLANTEAMIENTO Y ENUMERACIÓN

1.1.- Encuadre de la cuestión

1.2.- Clasificaciones doctrinales

4.2.- LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA OBLIGACIÓN.

4.2.1.- El cumplimiento *in natura*.

4.2.2.- Referencia a su construcción histórica.

4.2.3.- Respecto de las obligaciones de dar cosa determinada,

4.2.4.- En cuanto a las obligaciones de hacer y de no hacer,

4.2.5.- naturaleza, características y presupuestos

4.2.6.- La absoluta compatibilidad y acumulabilidad de la pretensión de cumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios

4.3.- EL CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE Y LA *PERPETUATIO OBLIGATIONIS*

4.3.1.- La noción de “*obligatio perpetuari*”

4.3.2.- Su presencia constante en nuestro ordenamiento. Algunos ejemplos.

- 4.3.3.- El concepto de “equivalente” en sede de cumplimiento.
- 4.3.4.- Su absoluta autonomía respecto de la indemnización.
- 4.3.5.- La *perpetuatio obligationis* como mecanismo de asignación al deudor del riesgo
- 4.3.6.- La esencial subsidiariedad del cumplimiento por equivalente.
- 4.3.7.- Su radical diferencia con el concepto de daño.
- 4.3.8.- El criterio de fungibilidad de la conducta.
- 4.3.9.- Reflexión en torno a la patrimonialidad de la prestación.
- 4.4.- LA RESOLUCIÓN Y OTROS REMEDIOS PROPIOS DEL CONTRATO SINALAGMÁTICO.
 - 4.4.1.- Los efectos especiales del contrato bilateral.
 - 4.4.2.- La excepción de incumplimiento contractual
 - 4.4.3.- La facultad resolutoria
 - 4.4.4.- La absoluta incompatibilidad entre cumplimiento y resolución
 - 4.4.5.- La esencial compatibilidad entre la acción de resolución y la de resarcimiento.
 - 4.4.6.- Función que cumple la indemnización de daños y perjuicios en los casos de resolución contractual
 - 4.4.7.- Los intereses del acreedor tutelados por los diferentes remedios.
 - 4.4.8.- Sus requisitos, y no sólo los intereses que satisfacen, también son distintos
 - 4.4.9.- Conclusión
- 4.5.- LA INDEMNAZIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: LA PRESTACIÓN DEL *ID QUOD INTEREST*
 - 4.5.1.- Su esencia conceptual.
 - 4.5.2.- Su función resarcitoria.
 - 4.5.3.- La unidad funcional de la indemnización.
 - 4.5.4.- La extensión jurisprudencial del alcance funcional del resarcimiento.
 - 4.5.5.- La indemnización no es nunca cumplimiento.
 - 4.5.6.- La esencial diferencia funcional entre *aestimatio rei* e *id quod interest*.

- ## 5.- ACCIONES COLECTIVAS CONTRA DAÑOS
- 5.1.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: DAÑOS COLECTIVOS, DAÑOS DIFUSOS Y ACCIONES COLECTIVAS
 - 5.2.- LA ACCIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO *AD HOC* FRENTE A LOS DAÑOS SUPRAINDIVIDUALES TANTO EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL COMO EN EL EXTRACONTRACTUAL
 - 5.3- PRECEDENTES COMPARADOS: LAS *CLASS ACTIONS* Y SUS REQUISITOS
 - 5.5.- REQUISITOS DE LA ACCIÓN COLECTIVA CONTRA DAÑOS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA
 - 5.5.1.- Daño colectivo o difuso
 - 5.5.2.- Cualidad de consumidor en los perjudicados
 - 5.5.3.- Legitimación activa
 - 5.5.4.- Publicidad, llamamiento e intervención de los perjudicados
 - 5.6.- CONCURRENCIA DE ACCIONES COLECTIVAS Y ACUMULACIÓN DE PROCESOS
 - 5.7.- COORDINACIÓN ENTRE ACCIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS
 - 5.8.- CONTENIDO Y EFECTOS DE LA SENTENCIA EN LA ACCIÓN COLECTIVA
 - 5.9.- EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

5.10.- CONCLUSIONES

6.- CULPA MÉDICA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

6.1.- EL SUPUESTO GENERAL: RESPONSABILIDAD MÉDICA BASADA EN LA CULPA

6.1.1.- Identificación del problema

6.1.2.- El contexto general del problema

6.1.3.- Solución dispensada a la responsabilidad médica

6.2.- EL ARGUMENTO DE BASE: LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

6.2.1.- La especial relación de confianza médico-paciente

6.2.2.- Carácter contractual

6.2.3.- Obligaciones de medios y de resultado.

6.3.- EL PALIATIVO DEL SISTEMA: DULCIFICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

6.3.1.- Las objeciones al modelo

6.3.2.- Los peculiares instrumentos probatorios al alcance de la víctima

6.4.- LA CULPA MÉDICA

6.5.- LA *LEX ARTIS* Y LOS DEBERES MÉDICOS COMO MEDIDA DE LA DILIGENCIA

6.5.1.- Concepto y naturaleza jurídica de los deberes médicos

6.5.2.- Análisis de los principales deberes médicos

6.5.2.1.- Deberes relacionados con la información

a) El consentimiento informado.

b) El deber de información

c) El secreto profesional médico.

6.5.2.2.- Deberes relacionados con la competencia profesional

6.5.2.3.- Deberes de asistencia.

6.5.2.4.- Deber de certificación.

6.5.3.- Bienes esenciales de la personalidad y derechos del paciente

6.6.- ALGUNAS ESPECIALIDADES MÉDICAS PECULIARES

6.6.1.- Experimentación y ensayos terapéuticos e investigación no terapéutica.

6.6.2.- Los transplantes de órganos

6.6.3.- Anestesiología y reanimación

6.6.4.- Cirugía estética

6.6.5.- Psiquiatría

1.- EL DERECHO DE DAÑOS, SISTEMA Y PROBLEMA

1.1.- LA UNIFICACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD

1.1.1.- La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

1.- Existe un instinto humano que lleva a buscar la reparación de cualquier daño padecido. Cuando ese daño deriva de la acción u omisión de otra persona, el afán se dirige a trasladar a la misma la obligación de acometer dicha reparación. Pero incluso cuando el daño se produce sin ninguna intervención de terceros, la víctima instintivamente busca un responsable, aunque en tal caso, naturalmente, no cabe esperar que la reparación recaiga sobre un tercero.

Por esa razón, ya desde la antigua Roma, una de las reglas de oro de la convivencia humana o del comportamiento social (junto con la de dar a cada uno lo suyo y la de vivir honestamente) consiste en “no causar daño a otros” (*alterum non laedere*).

Frente a una respuesta instintiva a la causación de un daño, basada en la venganza privada, existe una respuesta jurídica que consiste en hacer RESPONSABLE del daño al autor o causante del mismo, responsabilidad que se traduce en la reparación del perjuicio o, muy a menudo, en el nacimiento de una obligación de indemnizar, denominada técnicamente *id quod interest*.

2.- A primera vista ya se puede apreciar perfectamente que es posible separar dos grandes categorías de comportamientos dañinos:

a) Aquellos que consisten en el incumplimiento, o el cumplimiento defectuoso o tardío de un pacto preexistente entre el causante del daño y la víctima del mismo. En este caso el deber de indemnizar deriva de la lesión de un derecho de crédito del que era titular la víctima (acreedor). Hablamos entonces de “*responsabilidad contractual*”, que es la que contempla el artículo 1.101 del Código Civil.

b) Aquellos otros que se producen como consecuencia del desarrollo de una actividad cualquiera, al margen de toda relación jurídica previa entre el causante del daño y la víctima. En este caso el deber de indemnizar deriva directamente del incumplimiento de las normas generales de respeto a los demás, de ese deber general que impone la convivencia humana de actuar prudentemente, de no ir por la vida causando daños a los demás. Es la llamada “*responsabilidad extracontractual*”, aunque a menudo se denomina genéricamente (tomando la parte por el todo) “*responsabilidad civil*”, o incorrectamente “*aquiliana*” rememorando la romana *Lex Aquilia de damno*.

3.- En la doctrina tradicional se suelen predicar las siguientes diferencias fundamentales en cuanto al régimen jurídico de ambas vertientes de la responsabilidad civil:

a) Capacidad: La responsabilidad contractual exige capacidad para contratar, mientras que la extracontractual puede derivar de actos de los menores e incapaces. Afirmación que hay que entender hoy muy matizadamente.

b) Grado de culpa exigible: Tradicionalmente se decía que para la contractual hace falta la culpa leve, mientras que la extracontractual exige sólo la culpa levíssima (“cualquier género de culpa o negligencia”, según el artículo 1089 del CC). Sin embargo, el código no recoge en parte alguna tal gradación de la culpa, y a la vista de la jurisprudencia tal afirmación es inaceptable.

c) En caso de pluralidad de responsables, en la responsabilidad extracontractual la jurisprudencia ha establecido la regla de la solidaridad, mientras que los codeudores contractuales sólo responden solidariamente en caso de que así se pacte expresamente.

d) En la responsabilidad contractual se admiten (con límites y matices) las cláusulas o pactos de exoneración de responsabilidad, mientras que en la responsabilidad extracontractual son inoperantes.

e) Más dudosa aún es la diferencia que alude a la carga de la prueba de la culpa, cuando se afirma que el incumplimiento contractual entraña una presunción de *culpa debitoris*, de manera que, para obtener la exoneración, el deudor debe probar la ausencia de culpa; y que en la responsabilidad extracontractual la víctima demandante ha de probar la culpa del causante del daño (por efecto de la vieja máxima *afirmanti non neganti incumbit probatio*). Sin embargo, ambas afirmaciones han de entenderse muy matizadas hoy: la mayoría de la doctrina rechaza tal presunción de culpa del deudor contractual, sino que suele distinguir según el tipo de obligación: de dar, de medios, de resultado, etc.; y la jurisprudencia ha consagrado la inversión de la carga de la prueba de la culpa en la mayor parte de los supuestos de responsabilidad extracontractual, de forma que es el causante del daño quien viene obligado a probar su falta de culpa.

f) Prescripción: en la responsabilidad contractual, con carácter general, se produce a los 15 años (artículo 1.964 del CC) y en la extracontractual al año (artículo 1968.2 del CC).

4.- La oscuridad de la mayor parte de tales diferencias prácticas ha llevado a la doctrina de los últimos años a cuestionar duramente la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, que se atribuye fundamentalmente a consideraciones históricas. Por otra parte, existen numerosos supuestos en los que no es fácil determinar si estamos en presencia de una o de la otra.

5.- Por esa razón, doctrina y jurisprudencia vienen hablando de una “acumulación” de ambas vertientes, aunque, para comprenderlo mejor, es preferible hablar de *concurso*, situación que presenta las siguientes características o requisitos:

- Que el hecho causante del daño constituya al mismo tiempo el incumplimiento de una preexistente obligación contractual, y la violación del deber general de prudencia y de no causar daño a otro. Es decir, el daño se hubiera producido de igual manera, con contrato o sin él.

- Identidad en la persona del perjudicado.
- Identidad en la persona del deudor contractual y autor del acto ilícito civil.

6.- En tales supuestos caben varias soluciones jurídicas:

- a) Algún sector doctrinal y la primitiva doctrina del Tribunal Supremo sostuvieron la aplicación de la responsabilidad contractual, con el (dificilmente justificable) argumento de que “predomina la ley del contrato”. Así, se aplican las normas contractuales a supuestos de clara responsabilidad extracontractual.
- b) Más tarde se ha propugnado conceder al perjudicado la opción entre una y otra vía, postura mayoritaria hoy en la doctrina.
- c) Recientemente, se propone combinar ambas vías, tomando de cada una aquello que resulte más ventajoso para la víctima, o bien ejercitando las acciones de forma simultánea o subsidiaria.

7.- Todo ello ha provocado un verdadero clamor doctrinal que reclama la unificación de la responsabilidad civil. Si no de manera total, al menos sí de manera sistemática, resaltando que ambas vertientes no son sino dos manifestaciones de una misma realidad jurídica, sometida a idénticos requisitos y efectos, salvo en pequeños matices.

1.1.2.- La mal llamada (y peor entendida) responsabilidad civil *ex delicto*¹

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente una vez más sobre un caso en el que se ponía de relieve uno de los aspectos más perturbadores de nuestro sistema de responsabilidad civil, y que ha sido objeto de unánimes críticas por toda la doctrina especializada en Derecho de daños: la dualidad de regímenes legales que disciplinan una misma realidad jurídica.

El supuesto era sencillo: un ciudadano es condenado por el Juzgado de lo Penal como responsable de varios delitos de amenazas, injurias y malos tratos de obra a sus vecinos, manifestando dicha sentencia dictada en sede penal que «no pueden acogerse las pretensiones indemnizatorias formuladas por la acusación particular, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran corresponderle». Formulada demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en reclamación de las indemnizaciones correspondientes a los daños padecidos, éste estima la misma, pero su sentencia es revocada por la Audiencia Provincial de Valladolid, que estima la excepción de cosa juzgada dado que la acusación particular en el procedimiento penal, y luego demandante en el civil, no se reservó expresamente la acción civil derivada del delito, «ni se recurrió la indebida o improcedente decisión —a juicio de esta Sala— de la reserva de acciones civiles hecha por el Juzgador de lo Penal».

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de abril de 2004, casa la mencionada resolución de la audiencia, y declara improcedente la excepción de cosa juzgada, con base en los siguientes argumentos:

- 1.º) La resolución penal no resolvió el aspecto de «la responsabilidad civil derivada del delito», por lo que no existe «cosa juzgada».
- 2.º) La mencionada resolución dejó taxativamente a salvo el ejercicio de la acción civil.
- 3.º) Sin renuncia expresa al ejercicio de la acción civil, no es posible descalificar la misma.
- 4.º) Hubo expresa condena penal.

Para cualquier mínimo conocedor de nuestro sistema de responsabilidad civil, resulta evidente dónde reside el problema. El art. 1089 del Código Civil separa dos fuentes obligatorias diferentes: 1.º) Los actos y omisiones ilícitos, o sea, los daños causados por las conductas constitutivas de delito o falta, que por remisión del art. 1092 del Código Civil, se rigen por lo dispuesto en el Código Penal (y cuyo enjuiciamiento debiera corresponder al orden jurisdiccional penal, aunque no sea así). 2.º) Los actos y omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, o sea, los daños causados por los (mal llamados) ilícitos civiles, que en virtud de la remisión del art. 1093, son los que contemplan los arts. 1902 y siguientes del propio Código Civil (que deberían ser enjuiciados, siempre, por los tribunales civiles, pero no siempre es así).

¹ Editorial RPDD

Tal esquema obedece, como todos sabemos, al enorme retraso de nuestra codificación civil, que obligó al codificador penal de 1822 (por cierto, no así al de 1995, que bien pudo remediar la situación ¡qué ocasión se perdió de hacerlo!) a insertar entre los preceptos del Código criminal unas normas eminentemente civiles. Y ha llevado a nuestra vieja doctrina a hablar de la «responsabilidad civil derivada del delito», cuando parece obvio que del delito no deriva ninguna suerte de responsabilidad civil, sino justa y solamente la penal. La obligación indemnizatoria no deriva del delito, sino de los daños causados por una conducta que (sea o no delito, poco importa al civilista) reúne los requisitos de imputabilidad y causalidad que exige el ordenamiento civil. Y del olvido de una idea tan simple surgen todos los problemas.

Así, cuando el acusador particular del proceso penal se reserva expresamente la acción civil, o cuando renuncia a la misma, no parecen existir demasiadas dudas. En el primer caso, nos aproximamos al modelo inglés del «zapatero a tus zapatos»: la jurisdicción penal se limita a imponer la pena, y los daños se reclaman aparte en el oportuno proceso civil, lo que no deja de genera también algunas disfunciones (para muestra, recuérdese el caso O.J. Simson). En el segundo, no es preciso ningún pronunciamiento civil, y se acaban los problemas. Pero cuando no sucede ni lo uno ni lo otro, comienzan todas las tribulaciones: a) Si el pronunciamiento penal es absolutorio, todo son dudas. b) Si, como sucedía en el supuesto comentado, hay condena penal, parece forzoso el pronunciamiento civil, el cual aquí resultaba indudablemente desestimatorio, bien que aderezado con el socorrido recurso al «sin perjuicio de las acciones que procedan». Si ello era o no cosa juzgada, parece extremo más que discutible. Como también lo son algunos de los argumentos ofrecidos por la Sala 1.^a en la sentencia de casación. De aquellos polvos...

1.2.- LA JURISPRUDENCIA, PILAR DEL DERECHO DE DAÑOS²

Soy consciente, y así lo vengo observando, de que la proliferación, versatilidad y accesibilidad de las bases de datos jurisprudenciales han provocado un fenómeno que va incrementando desde hace aproximadamente una década: Cualquier escrito jurídico, sea demanda, sentencia, dictamen o laudo arbitral, aparece siempre preñado de citas jurisprudenciales, que ya no ilustran el resto de argumentos jurídicos, sino que se erigen en el argumento mismo. Es como si las fuentes del ordenamiento hubieran pasado a un segundo plano, cediendo paso a las resoluciones de los tribunales. Y pareciera que los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del CC jugaran un papel secundario, frente al argumento interpretativo ofrecido por el fundamento de Derecho de alguna sentencia. Poco importa el carácter informador de tal o cual principio general del Derecho; en nada sirve la interpretación de los preceptos del Código Civil madurada a través de más de un siglo de comentarios doctrinales; lo verdaderamente importante es encontrar una sentencia (¡dos o tres coincidentes son el nirvana del jurista moderno!) que haya resuelto con anterioridad ese problema jurídico concreto. En otras palabras, con una buena base de datos, sobran ya las bibliotecas. Al parecer, la informática jurídica ha conseguido lo que no logró CARNELUTTI, cuando en las primeras páginas de su *Metodología del Diritto* prescribía: «hay que descubrir las reglas de la experiencia jurídica, convencernos de que las reglas del Derecho no están recluidas en los códigos como en una vitrina, sino operando en la vida; importa mucho al jurista tener los ojos

² Extracto del prólogo de la obra colectiva *Informes de jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2006.

bien abiertos, comportarse realistamente para observar el dato vital que, en verdad, muchas veces no está en códigos o bibliotecas”.

El fenómeno viene aderezado, además, con dos perniciosas peculiaridades.

- En primer lugar, la procedencia de la resolución judicial objeto de la cita tampoco es una cuestión crucial: a estos efectos, da lo mismo el Tribunal Constitucional, la Sala 1^a del Tribunal Supremo o la enésima sección de tal o cual audiencia provincial. Y, claro está, si el mencionado escrito jurídico va dirigido a un juzgado de primera instancia, nada mejor que una o dos sentencias de la correspondiente audiencia provincial; aunque la Sala 1^a opine todo lo contrario. La “*jurisprudencia*” ya no es el modo constante de aplicación del Derecho por el Tribunal Supremo: hoy llamamos tranquilamente “*jurisprudencia*” a un pronunciamiento aislado procedente de una Audiencia.
- Y por otra parte, existe una total despreocupación por los hechos: lo que se cita, por el socorrido procedimiento cibernético de “cortar y pegar”, es aquel párrafo, frase o pasaje que conviene a los intereses de nuestro escrito, entresacado de uno de los fundamentos jurídicos de la resolución, huérfano de todo contexto. En contra de toda lógica, casi nunca sabemos cuáles son los hechos que dan lugar a esa determinada interpretación o argumentación jurídica; cuando a menudo es en dichos hechos donde se encuentra la verdadera clave.

Así, ese ingenuo dogmatismo de nuevo cuño (en palabras de mi maestro ALONSO PÉREZ), esa especie de “realismo” no científico, noseológico o filosófico, sino natural e incluso temperamental, que achacaba HERNÁNDEZ GIL a la actitud metodológica del mencionado jurista italiano, corre el peligro de agravarse o, mejor aún, adulterarse, para desembocar en una suerte de ciencia jurídica formularia: no hay precepto legal o argumento jurídico que iguale la autoridad de una frase *extraída* (o sea, fuera de todo contexto) de una sentencia.

Naturalmente, en absoluto cabe desdeñar el crucial e insustituible papel complementario del Ordenamiento Jurídico que, incluso por imperativo del propio Código Civil, juega y ha de jugar la jurisprudencia, valioso instrumento para el avance de la Ciencia del Derecho, como verdadero banco de pruebas de cualquier razonamiento jurídico. Alguien tan poco sospechoso, en cuanto verdadero arquitecto de la jurisprudencia de conceptos, como el primer RUDOLF VON IHERING de *El espíritu del Derecho romano*, deja claro en su tomo 2.2 (1858), que “el Derecho existe para realizarse. La realización es el elemento que otorga vida y verdad al Derecho, es el Derecho en sí mismo. El Derecho que no se traduce en realidad, que únicamente se encuentra sobre el papel, en las leyes, no es sino pseudoderecho, vana palabrería”. Y años después, cuando ya ocupa la cátedra de Gotinga y se convierte en un mordaz crítico de aquella actitud metodológica conceptual, en *La lucha por el Derecho* (1872) remacha: “No hay Derecho más vivo que el que se realiza a través de la sentencia judicial”.

Por eso, en los tiempos que corren la atención a la jurisprudencia sigue resultando ineludible. Pero es precisa una reflexión no sólo para redimensionar su peso argumental en los escritos jurídicos, sino también, y sobre todo, dispensarle el tratamiento que precisa por prescripción del artículo 1.6 del Código Civil, y por exigencias de la honradez más elemental.

Cuando el discurso se centra en el Derecho de Daños, a tales reflexiones ha de añadirse el tópico de su construcción esencialmente jurisprudencial. No es éste el lugar adecuado para exponer las causas, que por otra parte han sido ya magistral y extensamente analizadas, por las cuales a partir de unos pocos cuantos preceptos del Código Civil lo que parecía un mero apéndice residual del Derecho de Obligaciones, ha acabado cobrando carta de naturaleza como verdadera disciplina jurídica quasi-autónoma, bien que netamente civil. Y huelga insistir a estas alturas que ese proceso se ha gestado en el útero de la jurisprudencia: los creadores del Derecho de Daños han sido, sin duda, los tribunales de justicia, de la mano de las exigencias de los ciudadanos, y con la (a menudo olvidada) labor doctrinal y teórica, que ha dotado a la materia de precisión, sistemática y, ¿por qué no decirlo?, entidad dogmática. En efecto, los paulatinos pero trascendentales cambios que ha experimentado la materia durante las últimas décadas, y la definición de los principios que rigen su funcionamiento jurídico, son fruto de las constantes resoluciones de los tribunales, protagonistas de una tarea que va mucho más allá de la mera interpretación de los arts. 1101, 1902 y concomitantes del Código Civil. «Construcción» y no «exégesis», por lo tanto.

Ello tiene enormes virtudes: la vitalidad de nuestro Derecho de la responsabilidad civil es, sin duda, un claro reflejo de tal fenómeno, que hace realidad la conocida frase de IHERING que citamos más arriba. Y, sin duda, también encuentra algunos inconvenientes, derivados de la inseguridad jurídica inherente a toda creación judicial del Derecho. Pero en todo caso, con sus ventajas e inconvenientes, el carácter eminentemente jurisprudencial del Derecho de daños obliga a todos los que lo cultivamos, sean jueces, abogados o estudiosos en general, a mantener una permanente atención a las resoluciones de los tribunales. No hay semana en que de las Salas 1.^a y 2.^a del Tribunal Supremo no salgan, como mínimo, cinco o seis pronunciamientos relevantes en materia de responsabilidad civil. Y si atendemos a las Audiencias Provinciales, tenemos que hablar de una verdadera inundación de resoluciones todos los días. Lo que convierte esa obligación del jurista atento a la materia en un verdadero esfuerzo de titanes.

1.3.- EL NEGOCIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL³

Constituye ya un tópico la “ventaja” que los tribunales de EEUU llevan respecto de los del continente europeo en materia de indemnización de daños y perjuicios de toda índole. Y a menudo se suelen leer y oír, particularmente en ambientes profesionales jurídicos, referencias a la jurisprudencia americana como un ejemplo a seguir en materia de responsabilidad civil. No hace muchos días que así me ha sucedido en el curso de un debate o coloquio que compartía con un buen número de abogados, todos ellos muy buenos conocedores de la materia.

³ Editorial RPDD

Sin embargo, ya hace años que la doctrina europea más autorizada viene advirtiendo acerca de los nocivos efectos que entrañan las llamadas *gold-digging actions* de aquel país americano, que no tiene otro objeto de enriquecer (injustamente, diría yo) al demandante y, especialmente, a su abogado, quien, por cierto, trabaja incentivado por un pingüe porcentaje de la indemnización obtenida, en la más clásica aplicación del pacto de cuota litis. Y ello, normalmente, a costa de una empresa que en seguida trasladará el coste de esa indemnización al precio de los productos o servicios que coloca en el mercado, de manera que, a la postre, son los sufridos consumidores y usuarios quienes soportan ese “gordo” de la lotería que perciben unos cuantos avisados.

He recordado estas reflexiones, ya antiguas, por una razón, que expongo. En su habitual columna de un diario general y bajo el título “El País de las Capulceces”, hace pocos días comentaba Javier MARÍAS la existencia de los Premios Stella, que se conceden anualmente a los pleitos más extravagantes, entre los que extraña algunas verdaderas “perlas”. Y el agudo columnista concluía expresando su miedo “cuando aquí se importan, una tras otra, todas las chorradas, capulceces y abusos del País de las Libertades”. La información era verdaderamente llamativa, así que no resistí la tentación de averiguar algo más sobre el asunto, a través de la correspondiente página en la red, que resultó ser www.stellaawards.com.

Los Premios Stella se conceden anualmente por una asociación autodenominada “independiente” de EEUU, a las “mejores demandas”, para poner en evidencia su ridículo sistema legal. El premio toma su nombre de Stella Liebeck, la mujer de 79 años que en 1992 pasó por un establecimiento McDonald, compró una taza de café -en los clásicos vasos de cartón térmico con la tapa de plástico-, subió a su vehículo para seguir su viaje, la puso entre sus piernas y, en una maniobra el vaso se abrió y le quemó las piernas. Stella demandó a McDonald y el tribunal le concedió una indemnización de 2.9 millones de dólares, que, ciertamente, fue sustancialmente minorada en la instancia superior. Lo cierto es que, desde entonces, al parecer, esas tazas de café llevan un cartel que avisa de que “dentro hay una bebida caliente y puede Vd. quemarse”.

Aunque en la información disponible parece haber confusión entre los “casos” premiados en 2002, 2003 y 2004, algunos de los pleitos más extravagantes son los siguientes:

- Kathleen Robertson de Austin (Texas) fue indemnizada con 780.000\$ por un jurado tras romperse un tobillo después de tropezar y caerse por culpa de un niño que estaba corriendo en una tienda de cocinas. Los dueños de la tienda se sorprendieron al ser obligados a pagar dicha cantidad, mas aún al saber que el niño que tan mal se había comportado era el hijo de la señora Robertson.

- Carl Truman, de Los Ángeles y de 19 años, ganó 74.000\$ y los gastos médicos cuando su vecino pasó por encima de su mano con el coche, un Honda Accord. Carl Truman aparentemente no se dió cuenta de que había alguien al volante del coche cuando se puso a robarle los tapacubos.

- Terrence Dickson, de Bristol, Pennsylvania, abandonaba una casa justo después de robarla, y decidió salir por el garaje. No fue capaz de salir por la puerta del garaje porque estaba rota, y al intentar volver a la casa se dio cuenta de que la puerta

que conectaba ambas estancias era de un único sentido y no podía salir o volver a la casa. La familia estaba de vacaciones, y el señor Dickson se encontró encerrado en el garaje durante 8 días. Para sobrevivir, lo hizo a base de Pepsi y un enorme saco de comida para perros que encontró. Denunció al dueño de la casa por los daños morales sufridos por aquel incidente, y el jurado accedió a situar la indemnización del propietario al ladrón en medio millón de dólares.

- Kara Walton de Claymont, Delawere, denunció con éxito al propietario de un pub nocturno de la ciudad cuando ella se cayó desde la ventana del baño al suelo y se rompió los dientes contra el suelo. Esto ocurrió mientras la señorita Walton intentaba colarse por la ventana del baño de mujeres para no pagar la cuenta de 3,50 dólares. El propietario tuvo que pagarle 12,000\$ y gastos dentales.

- Un restaurante de Philadelphia tuvo que pagar a Amber Carson de Lancaster, Pennsylvania, 113,500\$ después de que resbalara con un refresco y se rompiera el coxis. Dicho líquido estaba en el suelo porque ella se lo había lanzado a su novio media hora antes durante una pelea.

- Mr. Merv Grazinski, de Oklahoma City, en noviembre de 2000 se compró una enorme autocaravana marca Winnebago. En su primer viaje, estando en una autovía, seleccionó una velocidad de crucero a 70 millas por hora (unos 120 km/h) y se fue a la parte de atrás a prepararse un café. No sorprende el hecho de que el camión/caravana se saliera de la carretera y colisionara. Mr. Grazinski contrariado denunció a Winnebago por no advertirle en el manual de uso de que el programador de velocidad no es un piloto automático que toma curvas, frena cuando es necesario e incluso detiene el vehículo si preciso fuere.. Por ello, fue recompensado con 1,750,000\$ más una nueva caravana. Actualmente, Winnebago advierte de tal circunstancia en sus manuales.

Para (relativa) tranquilidad del mencionado columnista español, y también de quienes ahora conocen tales hazañas judiciales, debo decir que la propia página stellaawards.com advierte, no precisamente en el lugar más visible de su web (que, no se olvide, es también un buen negocio, al fin y al cabo), de que muchos de esos supuestos son “falsos, inventados o verdaderos con elementos falsos añadidos”. Lo más razonable es que nos dijeran cuáles sí y cuales no, dato que no he podido o sabido encontrar en dicha página, que excusa tal comportamiento bajo la vieja constatación de que “la realidad supera a la ficción”.

Sin embargo, lo llamativo es que, capullos o no, todos estábamos dispuestos a creer que todos esos pleitos eran reales. Y seguramente algunos de ellos lo sean. Decididamente, eso no es responsabilidad civil, sino un sucio negocio indemnizatorio cuya eventual importación, obvio es, repugna a la inteligencia jurídica más elemental.

1.4.- DE NUEVO SOBRE LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL⁴

Existe un tema recurrente en los últimos tiempos; recurrente, y muy controvertido: la función de la responsabilidad civil. Cada vez con más frecuencia se van escuchando voces, algunas muy autorizadas, que defienden la viabilidad de una

⁴ Editorial RPDD

función punitiva en la responsabilidad civil, y la incorporación a nuestro ordenamiento de los *punitive damages*. En algunos casos, se hace de manera coherente, bien documentada y con aportación de fundamentos y argumentos. No obstante, frente a tal posición, se alza un buen número de autores, por lo que estamos asistiendo a un interesante debate sobre la cuestión en ámbitos doctrinales y jurisprudenciales.

Es bien conocida nuestra posición al respecto. Baste recordar mi modesta contribución a la teoría de la *tutela inhibitoria del daño*, que forma parte de este mismo Módulo. Y aunque, obviamente, no es éste el lugar oportuno para discutir con el debido detenimiento las conclusiones que alcanzan los defensores de la función punitiva de la responsabilidad civil, no quiero dejar pasar la oportunidad de formular algunas preguntas al respecto. Pues, pese a los numerosos trabajos que vienen abordando el tema, sigo encontrando serias objeciones para admitir con un mínimo rigor tales “daños punitivos” (según la denominación que a menudo se da en lengua castellana a esos *punitive damages*, fruto de una apresurada traducción) en nuestro Derecho.

Quienes propugnan aquella teoría continúan atribuyendo explícitamente a la indemnización una triple misión: 1) sancionar al dañador; 2) prevenir sucesos lesivos similares; y 3) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa. Pues bien, hay que señalar que la segunda no es propiamente una finalidad punitiva, sino más bien preventiva; y la tercera bien pudiera encuadrarse dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa. Pero permítaseme formular algunas cuestiones al respecto:

1º) ¿De verdad el pago de la *indemnización* sirve para prevenir un suceso lesivo que ya ha tenido lugar?

2º) En términos de prevención general (al estilo de la sanción penal) ¿realmente sirve de algo una indemnización cuyo importe no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta dañosa sino del daño mismo, cuya obligación es transmisible a terceros (ya por vía sucesoria, ya en virtud del extendido seguro de responsabilidad civil)?

3º) Si de verdad queremos sancionar al dañador, ¿no deberíamos prohibir el seguro de responsabilidad civil?

4º) Dicho con otras palabras, ¿no resulta evidente que la responsabilidad civil *previene* muy mal y *castiga* peor?

5º) ¿No estaba ya demostrado en nuestra doctrina civil que prevenir y castigar son funciones diferentes?

6º) ¿Existe alguna razón, salvo nuestra pasión por lo exótico (casi obsesiva si, además, viene del mundo jurídico inglés), para denominar *punitive damages* lo que no constituye otra cosa que la justa reparación del daño moral?

7º) El beneficio obtenido por el dañador a costa del perjuicio padecido por la víctima ¿no es, en la mayor parte de los casos, constitutivo de un daño moral en sí mismo? (Baste recordar las intromisiones ilegítimas en la intimidad, por parte de medios de comunicación que obtienen, por ello, pingües beneficios).

8º) ¿No hace ya suficientes siglos que se viene atribuyendo la función punitiva a una rama del ordenamiento jurídico especializada en castigar, que por eso se llama Derecho Penal, y que viene sometida a unos principios que en ningún caso puede aplicar el Derecho Civil?

9º) Dicho de otro modo, ¿se puede imponer una *multa* (no otra cosa es la indemnización punitiva) sin cumplir los requisitos y precauciones que impone un sistema penal especialmente garantista, dentro del Estado de Derecho?

10º) Y sobre todo, la pregunta del millón, que sigue sin respuesta: ¿qué hacemos con la indemnización punitiva pagada por el dañador? Si se la entregamos a la víctima, admitimos abiertamente legitimar un acto de enriquecimiento injusto pues, por definición, le estamos pagando por encima de lo que supuso el daño. Si se la queda el Estado, alguien debería explicarnos entonces en qué difiere esa multa de la sanción penal. Y si estamos pensando en financiar por esta vía a determinadas ONG's, asociaciones de víctimas o ideas luminosas parecidas, no resulta la mejor manera de desincentivar los daños.

Estas y otras preguntas son las que deberían encontrar respuesta cumplida en nuestro ordenamiento, antes de importar unos *punitive damages* que hace ya bastante tiempo vituperaba Lord Devlin en el Derecho inglés.

1.5.- EL PRINCIPIO *PRO DAMNATO*⁵

Es bien conocida, casi tópica (en el peor sentido de la palabra) la evolución que ha sufrido nuestro sistema de responsabilidad civil en los últimos cincuenta años, y que se ha explicado desde muy diferentes puntos de vista, aunque todos ellos confluyen en algunas ideas básicas.

El punto de partida, como es archisabido, se encuentra en los preceptos del Código Civil, esencialmente los artículos 1101 y 1902, que se mantuvieron fieles al modelo culpabilista imperante bajo las coordenadas históricas de la codificación. Nunca está de más recordar que, en contra de lo que habitualmente se afirma, con tanta alegría como falta de rigor, la responsabilidad basada en la culpa no tiene su verdadero origen en la *Lex Aquilia*, sino que es más bien un producto de la concepción cristiana del hombre y de la vida: uno sólo tiene que “pagar” cuando actúa mal, cuando se aparta del modelo de conducta a seguir; por muchos daños que se causen al prójimo, si la conducta en sí misma no merece el reproche de la culpa, ningún castigo puede existir; como contrapartida, la víctima de un daño causado por la actividad no culpable de otro debe acopiar buenas dosis de *resignación*, imputar su desgracia a la divina Providencia, recordar que vivimos en un valle de lágrimas y, eso sí, esperar una justa recompensa en “la otra” vida. El modelo, además, resultó luego pintiparado para el establecimiento del sistema liberal, burgués y del primer capitalismo que confiere el sustento socioeconómico de nuestros códigos civiles. Y además no era tan deficiente en un contexto donde la causación de daños era algo puramente anecdótico, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo.

⁵ Editorial RPDD

Sin embargo, ya desde principios del siglo XX (en este punto, nuestro Código nace ya trasnochado), y no digamos a partir del desarrollo que se opera tras las grandes guerras, se aprecia la debilidad de tal sistema, incapaz de dar respuesta a los omnipresentes daños, que tienen un alcance en el tiempo y en el espacio, y una envergadura cualitativa y cuantitativa hasta entonces insospechada. Ante la inviabilidad de una reforma general y radical del texto de los mencionados preceptos, la jurisprudencia inicia el camino corrector, mediante un significativo esfuerzo dirigido a conjugar el texto absolutamente culpabilista del Código civil, con el espíritu de las corrientes favorables a los criterios objetivos de imputación subjetiva. En nuestro país, esa corriente ya llevaba en 1973 al Profesor DÍEZ PICAZO a afirmar una verdadera “deformación de la noción de culpa civil”, según la cual nuestra responsabilidad es teóricamente por culpa, y prácticamente objetiva (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*); y más recientemente, nota agudamente Ricardo DE ANGEL en su esencial *Tratado de responsabilidad civil* a señalar que hay una “tendencia de la jurisprudencia a orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales -basados en la doctrina de la culpa- por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos”. En la doctrina francesa, con precisión y profundidad ha señalado Yvonne LAMBERT-FAIVRE que el eje de la responsabilidad civil ya no es el “sujeto responsable”, sino el “objeto” de la responsabilidad, o sea, la reparación del daño, en un delicioso trabajo cuyo título es suficientemente revelador: “*L'évolution de la responsabilité civil d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*”. En otras palabras, el sistema evoluciona desde un Derecho de daños que giraba en torno a la deuda de responsabilidad, hacia otro que lo hace alrededor del crédito indemnizatorio.

En efecto, suelo afirmar, plásticamente, que en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de la responsabilidad civil: el “primer actor” ya no es (como en el artículo 1902 del Código civil) “el que causa daño a otro”, ni tampoco (como en el artículo 1101) “los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad...”, sino precisamente ese “otro” que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que “todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado”, o algo parecido. Así, lo relevante hoy no es la antijurididad (a veces inexistente) de la conducta que causa el daño, sino la antijuricidad del daño mismo. Y por eso, cabe hablar de un (relativamente nuevo) principio general de nuestro Derecho, que podría formularse como el *favor victimae* o principio *pro damnato* que, en palabras escritas por DÍEZ-PICAZO en 1979 (ya entonces se cuestionaba el maestro “La responsabilidad civil hoy”) encierra una regla general por la que “todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”.

En realidad, ese principio, igual que otros como la regla *pro consumatore* que hoy goza de consagración constitucional, no es sino la concreta aplicación al dominio de la responsabilidad civil de otro más amplio, el denominado *favor debilis*, que erige a la defensa del débil (en sentido jurídico) en la preocupación esencial del Derecho moderno, por decirlo en palabras de JOSSEMAND, en su conocido trabajo sobre “la protección de los débiles por el Derecho”, y que viene a ser la evolución natural en el

Derecho moderno del, más que trasnochado, viejo principio *favor debitoris*, como hace ya bastantes años enseñaba RIPERT.

Ese *favor debitoris*, como cualquier principio general del Derecho, no sólo *informa* el ordenamiento jurídico, ¡y de qué modo!, mediante las innumerables y (mal) llamadas “leyes especiales”, que han consagrado todo un universo de supuestos de responsabilidad objetiva por mandato legal. También constituyen una inagotable pauta hermenéutica para los jueces y tribunales; y es aquí donde siempre ha de estar presente su verdadero sentido y alcance, pues no se trata de una norma hueca o ciega, sino que sólo tiene auténtico contenido cuando se produce ese desequilibrio, tal desigualdad entre víctima y dañador de la que trae origen. Una mera aplicación automática del principio *pro damnato*, que no tome en cuenta su genuina dimensión, como en ocasiones venimos detectando en algunos fallos judiciales, daría al traste con todos los pilares que sustentan el moderno Derecho de Daños.

1.6.- ¿EXISTE EL DAÑO EXTRACONTRACTUAL *IN RE IPSA*?⁶

En el ámbito de la responsabilidad contractual, no es extraño encontrar referencias a la existencia de un daño *in re ipsa* (el TS a veces lo denomina *ex re ipsa*) en la doctrina y la jurisprudencia. Suele identificarse con el daño estrictamente derivado de la falta de prestación debida, la lesión del *expectation interest* al que aluden FULLER-PERDUE, o el daño mínimo que “necesariamente” se produce para el acreedor, por el mero hecho de no recibir la prestación que le es debida, la primera partida en la liquidación de daños contractuales.

Así, la doctrina y el Tribunal Supremo vienen acogiendo “la posibilidad de apreciar el efecto indemnizatorio por el simple incumplimiento, referida a supuestos en que el incumplimiento determina *por sí mismo* un daño o perjuicio, *una frustración de la economía* de la parte, en su interés material o moral” (SSTS 18 julio 1997, 29 y 31 diciembre 1998, 16 marzo 1999).

Consciente de las dificultades teóricas que encierra tal afirmación, la STS 29 marzo 2001, aclara que ello no significa abandonar la doctrina general de que el incumplimiento contractual no desencadena de manera inexorable los daños y su reparación, sino que supone reconocer que en los mencionados supuestos el incumplimiento puede dar lugar *per se* a la indemnización, cuando esa frustración de la economía de la parte es una consecuencia forzosa (STS 25 febrero 2000), o natural e inevitable (SSTS 22 octubre 1993 y 18 diciembre 1995), o se trata de daños incontrovertibles (STS 20 septiembre 1989), evidentes (STS 23 febrero 1998) o patentes (STS 25 marzo 1998). Y en términos idénticos se pronuncia la STS 25 febrero 2000: “Si bien es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados daños y perjuicios, también ha dicho que tal doctrina no es de aplicación absoluta y radical, y que en casos en que los daños y perjuicios se presenten como reales y efectivos no viene a ser necesario acreditar su realidad cuantificada, *por ser consecuencia forzosa del incumplimiento decretado, que fue provocado única y exclusivamente por la parte demandada, lo que determina por sí la obligación reparadora* que surge como efecto inevitable”, recordando las SSTS 24

⁶ Editorial RPDD

enero 1965, 6 junio 1985, 30 septiembre 1989, 7 diciembre 1990 y 15 abril y 15 junio 1992.

Pese a tales afirmaciones, ya hace años que puse de manifiesto las cautelas y observaciones que tal doctrina merece. En primer lugar, como han puesto de relieve los mejores comentaristas de nuestro Código Civil, se deben atajar aquellas consideraciones doctrinales que tratan de ver una diferencia entre el *daño incontrovertible* y un daño ulterior, con objeto de eximir en el primero de prueba del daño y de la culpa. Y en segundo término, parece claro que no hay ninguna razón para mezclar esa partida, el daño *in re ipsa*, con el auténtico daño, el verdadero perjuicio a los bienes vitales, derechos, patrimonio e incluso expectativas del acreedor, de valoración siempre mucho más difícil (pensemos, por ejemplo, en el resarcimiento de los daños futuros). Como dice CARRASCO, “no es nunca daño la no-prestación considerada como tal, la ausencia del deber de entrega, de cumplimiento en general. La no prestación sitúa al acreedor en la posibilidad de reclamarla por medio de la acción de cumplimiento, no de daños. Si no se entrega el aceite vendido, el aceite en cuanto tal no es una partida del lucro cesante, sino la prestación debida; lucro cesante es la impedida reventa del mismo”. Y no es lucro cesante (y por tanto no es daño) ni el aceite en cuanto tal, ni su mero equivalente pecuniario, cuya prestación no es más que una forma subsidiaria de *cumplimiento* de la obligación.

Tal vez sólo pueda hablarse de verdadero daño *in re ipsa* en un caso concreto, y siempre dentro del ámbito contractual: el de la ruptura o resolución unilateral del contrato, con grave lesión del que doctrinalmente se conoce como “el interés contractual en la permanencia y cumplimiento del contrato”, según el cual “cuando el acreedor tiene en virtud de contrato una pretensión al mantenimiento de una situación jurídica con cuya pretensión se lucra, tiene un *interés en la permanencia del vínculo*”, cuya lesión ha de indemnizarse: no lo tiene el mandatario, pero sí el arrendador de servicios o de obra, quien tiene acción para reclamar daños cuando el deudor frustra un provecho esperado (STS 2 julio 1960). Es el caso de la STS 16 marzo 1999, cuando razona que en supuestos “de donde resulta una situación de *incumplimiento contractual provocada única y exclusivamente por una de las partes*, dicha circunstancia ya determina por sí misma la obligación reparadora..., pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato operó en el vacío y sus vicisitudes, en concreto, las conculcaciones de las partes, no habrían de tener ninguna repercusión, pues así se contravendría la fuerza vinculante de los negocios obligacionales y las consecuencias previstas en los artículos 1258 y concordantes del CC”, con cita de las SSTS 30 septiembre 1989, 22 octubre 1993 y 29 diciembre 1998.

Por lo antedicho, mayores dificultades entraña la admisibilidad de un daño extracontractual *in re ipsa*, donde ni siquiera existe ese interés contractual o prestacional. Daño que, sin embargo sí parece existir en la imaginación del legislador (cuando el artículo 9.3 de la L.O. 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen presume la existencia de perjuicio una vez acreditada la intromisión ilegítima en tales derechos), y en la voluntad de algunas (y digo “algunas” porque no puede hablarse precisamente de criterio unánime) sentencias del TS en materia de propiedad industrial y competencia desleal.

Así, en un supuesto de lesión de los derechos de patente, la STS 1 junio 2005 manifiesta que “conviene matizar lo declarado en sentencias, sobre la imperiosa

exigencia de acreditar los daños y perjuicios en el proceso de declaración (Sentencia de 20 de Febrero de 2001), o sobre la falta de consolidación de la doctrina de los daños *in re ipsa* en estas materias (Sentencias de 29 de Septiembre de 2003 y 3 de Marzo de 2004), mediante lo resuelto por aquéllas otras que *consideran los daños y perjuicios una consecuencia necesaria de la infracción* (Sentencias de 23 de Febrero de 1998, 17 de Noviembre de 1999, 7 de Diciembre de 2001 y 19 de Junio de 2003), pues *raramente podrá darse la infracción que ningún beneficio reporte al infractor, o ningún perjuicio cause al demandado interesado en que cese la ilicitud, si se tiene en cuenta el interés económico que preside estos ámbitos, generalmente vinculados a actividades empresariales, e incluso la posibilidad de daño moral*".

Por eso, resulta aliviante el mejor sentido que demuestra la STS 17 julio 2008, al constatar que cuando la Ley de Patentes establece la obligación "de responder de los daños y perjuicios causados" para quien vulnere los derechos de su titular (artículo 64) *no establece una presunción legal de existencia del daño, ni iuris et de iure, ni iuris tantum*, "dado que la expresión "en todo caso" se refiere a la responsabilidad objetiva, es decir al criterio de imputación de la responsabilidad, que, a diferencia de los restantes supuestos de explotación, distintos de los mencionados en el precepto (que son fabricación, importación de objetos o utilización del procedimiento), no es preciso, para que opere la responsabilidad, el requerimiento para que se cese en la violación, o culpa o negligencia.

En efecto, como bien establece la misma sentencia, los daños y perjuicios no se presumen sino que deben acreditarse por quien los reclama, tanto la existencia (*an*) como su importe (*quantum*). Dice el TS que esta doctrina, pacífica y reiterada, "tiene una excepción en la propia jurisprudencia, la cual estima correcta la presunción de existencia del daño cuando se produce una situación en que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos. Se trata de supuestos en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que "habla la cosa misma" (*ex re ipsa*), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella... una cosa es que la situación del caso revela la existencia del daño sin necesidad de tener que fundamentarla en un medio de prueba, y otra distinta que haya una presunción legal que excluya en todo caso la necesidad de la prueba".

Esa es la clave. En el ámbito extracontractual no existe ni puede admitirse ninguna clase presunción del perjuicio. La mera infracción de los derechos de propiedad industrial u otros no permite presumir daño alguno. Lo que no es óbice para que encontremos determinados casos en los que sencillamente no es preciso acreditar la realidad de los daños porque *de los hechos probados se desprende necesaria y fatalmente la existencia del daño*, como bien decía la STS 19 de Octubre de 1994.

1.7.- EL DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD⁷

La STS (Sala Tercera) de 7 julio 2008 (de la que es Ponente el Ilmo. Sr. D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco) declara la responsabilidad de la Administración

⁷ Editorial RPDD

sanitaria autonómica de la Comunidad Valenciana, en un supuesto de “pérdida de oportunidad”. No es la primera, pues ya antes las de 7 septiembre 2008 y 26 junio 2008 de la misma Sala se habían referido a la cuestión, que también menciona como *obiter dicta* alguna otra de la Sala Primera.

En el caso de Autos, se condena a la Administración por el retraso en la aplicación del tratamiento adecuado a un buceador que tuvo un accidente de descompresión, quedándole como secuela una paraplejia que le mantiene postrado en silla de ruedas. El hospital valenciano decidió trasladar al accidentado por carretera hasta el hospital más cercano que contaba con cámara hiperbárica, situado en Barcelona, en lugar de hacerlo en helicóptero, medio de transporte que se encontraba disponible y practicable, pues las condiciones climáticas eran favorables para el vuelo. En la instancia, se desestima la pretensión indemnizatoria, que superaba los 600.000 euros, por considerar que no quedaba acreditada la relación de causalidad entre el mencionado retraso en el tratamiento con cámara hiperbárica y el triste resultado de lesión neurológica.

El Tribunal Supremo, sin embargo, alcanza la conclusión opuesta mediante un doble argumento. Por una parte, afirma que “*acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, como es el caso, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación*”, como si de un problema de prueba o, mejor, de carga de la prueba, se tratase. Y por otra, aplica la doctrina de la “pérdida de oportunidad”, consistente en este caso en la privación al demandante de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud, pues cuanto mayor es la demora en recibir el tratamiento, mayores son los riesgos de agravar la lesión neurológica.

Se trata, obviamente, de dos argumentos y cuestiones completamente distintas que no conviene confundir. Una cosa es aplicar, a la hora de atribuir a cada una de las partes el correspondiente *onus probandi*, la que nuestra jurisprudencia ha dado en llamar “doctrina de la facilidad probatoria”, que viene a ser la versión vulgar de la denominada “distribución dinámica de la carga de la prueba”; regla a la que ya nos hemos referido en estas mismas páginas en varias ocasiones y que, además, hoy encuentra su base legal en el artículo 217.6 de la LEC, donde incluso cuajó esa terminología. Y otra que no tiene nada que ver con ella, es la doctrina de la pérdida de oportunidad, como *daño en sí misma*.

La *perte de chance*, o pérdida de oportunidades de supervivencia (como tempranamente la denominó la doctrina española de la responsabilidad médica), fue acuñada por la jurisprudencia francesa ya en los años sesenta del pasado siglo y ha sido profusamente empleada en los supuestos de responsabilidad médica, sencillamente como una forma de daño. En el presente caso, el daño *causado* al demandante no consistió en el desgraciado estado de salud resultante del accidente, sino en el hecho mismo de haber perdido las oportunidades de obtener un tratamiento más adecuado, “más propicio y benigno” dice la sentencia, que le habría ofrecido la posibilidad de alcanzar un resultado mejor. Lo dicen bien los fundamentos jurídicos de la sentencia, cuando estiman la existencia de un “daño antijurídico consistente en que si los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana hubieran actuado más diligentemente, remitiéndole de forma inmediata a la Ciudad Condal en helicóptero, tal y como era

posible, y no por carretera, habría disfrutado de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud y, en definitiva, para su vida”.

No es, por tanto, una cuestión de causalidad, sino sencillamente de daño. Hay daño antijurídico porque se privó de oportunidades de alcanzar un mejor resultado, aunque nadie sabe a ciencia cierta (valga la expresión) si dicho resultado se habría alcanzado.

Y por ello, a la hora de fijar la indemnización, afirma acertadamente la Sala que la misma no se dirige a reparar las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la dilación, hubiera podido obtener otro resultado, más propicio y benigno, lo que sin duda constituye un perjuicio actual, real y efectivo a los efectos del artículo 139.2 de la Ley 30/92. Lo que sucede es que la Sala no acaba de concretar la naturaleza de dicho daño, sino que se limita a justificar su indemnización con la cantidad de 90.000 euros, “en atención a la edad del actor, su profesión y la índole de las secuelas derivadas de esa pérdida de oportunidad”.

La mención de esos dos primeros elementos pareciera apuntar a un eventual lucro cesante, no estoy seguro de ello. Y la del tercero (paraplejia) más bien permite pensar en un daño moral, en este caso, obvio y no “escandaloso”, por utilizar la expresión del Prof. Luis Díez-Picazo en reciente y aguda reflexión. Si ello es así, este es el punto débil de la sentencia, pues el empleo de tales elementos de ponderación cuantitativa de la indemnización acaba mirando al resultado, a las “dolencias reales”, y no a la pérdida de oportunidad en sí misma. Y si no lo es, todavía peor, pues ya no queda otra salida que la de equiparar la *perte de chance* con el daño moral, que entonces sí es “escandaloso”.

1.8.- ANTIJURIDIDAD VERSIÓN 3.0⁸

La lectura de ciertos estudios recientes, algunos de los cuales han aparecido en números anteriores de *Práctica Derecho de Daños*, mueven una vez más a la reflexión acerca del papel que juega la *antijurididad* dentro del Derecho de daños. Se produce una cierta paradoja: cuando más eco parecían alcanzar las voces partidarias de “olvidar” la antijurididad como requisito de la responsabilidad civil, resulta que encontramos una noción de la misma de “tercera generación”, la antijurididad versión 3.0. Permítaseme simplificar las fases por las que atraviesa el problema:

1.- Es bien sabido que para la doctrina clásica y tradicional, la obligación de reparar el daño se basa en el reproche de la ilicitud del acto que lo causó. Es aquella noción de la responsabilidad civil como reacción jurídico privada frente a lo injusto (*tort, unrecht, tortus...*). El deber de reparación surge de la *conducta antijurídica*, o sea, ilícita en cuanto contraria a una norma jurídica; para unos, una norma imperativa o prohibitiva, para otros una norma primaria consistente en el *alterum non laedere*. Con mayor precisión, se llegó a decir que es injusta toda conducta que lesione un derecho subjetivo de otro o, simplemente, un interés merecedor de tutela jurídica.

⁸ Editorial RPDD

2.- Los problemas que tal concepción entraña llevaron a un nuevo planteamiento de la cuestión, tendente a expulsar la noción de antijuricidad del sistema. Desde perspectivas, ópticas y épocas diferentes se llegaba a esa misma conclusión por MARTY-RAYNAUD en Francia y por PANTALEÓN en España, para establecer que el acento de la responsabilidad civil reside en la culpa. No se indemniza porque se haya obrado de forma ilícita o antijurídica, sino porque se imputa un daño a la conducta del agente, sobre la base de la culpa.

3.- Tal vez por ello, quienes no llegan a excluir totalmente la antijuricidad como presupuesto de la obligación de indemnizar, acaban propugnando un segundo concepto de la misma, que se ha explicado como el tránsito desde la concepción *contra ius del ilícito*, a la noción *sine iure del daño injusto* (M.F. DE LORENZO), o si se prefiere, del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido. Es decir, la antijuricidad se acaba predicando del daño y no de la conducta que lo causa. Y por ello, la cuestión se acaba dilucidando en materia de causas de justificación: la conducta que causa un daño, aunque no sea ilícita, genera responsabilidad cuando no está justificada, cuando el perjudicado no tiene por qué sufrir el daño. Lo que significa que la responsabilidad es controlada mediante la idea del ejercicio regular del derecho a obrar. Sólo se atribuye al causante el daño injusto, y únicamente se considera injusto el perjuicio que es causado sin derecho (implícitamente, R. DE ANGEL).

4.- Las nuevas dimensiones y retos del Derecho de daños pueden llevar a pensar, sin embargo, en una nueva vuelta de tuerca en la noción de la antijuricidad. Si uno se fija en los poderosos instrumentos de protección de los intereses colectivos y difusos, a través de las acciones colectivas contra daños; si se observa la creciente proliferación de supuestos de tutela inhibitoria del daño como forma de prevención o evitación del mismo; o si se escucha con atención el torrente de supuestos de indemnización de los daños sufridos por los consumidores y usuarios; etc. (de todos estos fenómenos nos venimos ocupando con profusión últimamente en estas mismas páginas), se llega a la conclusión de que nace un nuevo concepto de antijuricidad. No se responde ya por la conducta ilícita ni (sólo) por el daño injusto, sino por el daño *injustamente producido*. Lo explica con transparencia ALTERINI: Este daño injustamente producido es difuso, no lo recibe directa e inmediatamente nadie (no así el colectivo, claro está), pero se proyecta sobre la comunidad en general. El daño se produce, en cuanto afecta a bienes o intereses comunes, y se concede acción cautelar para prevenirlo y acción indemnizatoria para repararlo. Merece la pena reflexionar sobre el asunto.

1.9.- EL NUEVO SANEAMIENTO EN PRÁCTICA⁹

Más de dos años después de entrar en vigor, por fin empezamos a encontrar sentencias fundamentadas en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, que vino en su día a transponer al Derecho español la precedente Directiva comunitaria europea sobre la materia. La norma constituye un pequeño cataclismo en nuestro sistema de Derecho de obligaciones, al establecer, para la venta de determinados bienes, todo un nuevo modelo de saneamiento, diferente del consagrado en el Código Civil, en cuanto a:

⁹ Editorial RPDD

1º) El supuesto de hecho que da origen a la obligación de saneamiento: ya no nace de la existencia de un “vicio oculto” (en el sentido técnico que doctrina y jurisprudencia han venido precisando durante lustros), sino de la “falta de conformidad” de la cosa entregada con la cosa vendida o, en ocasiones, con el bien que esperaba recibir el consumidor.

2º) Las consecuencias del saneamiento: frente a las clásicas acciones redhibitoria y *quanti minoris*, el hecho de encontrarnos frente a bienes de consumo, o sea, de producción masiva y, por lo tanto, de carácter homogéneo, permite implementar otros remedios que, a la postre, resultan mucho más satisfactorios para los intereses y expectativas del consumidor: la reparación o la sustitución del bien por otro idéntico; y sólo de forma subsidiaria, la rebaja del precio o la resolución del contrato.

Pues bien, a pesar de la enorme trascendencia de la norma, encontramos que, salvo en determinados ambientes doctrinales o académicos y en las administraciones públicas de consumo, puede decirse que ha pasado bastante desapercibida entre los profesionales del Derecho. Es como si el Ordenamiento Jurídico real caminase por sendas distintas de los intrincados recovecos del BOE. Alguna, si no toda, responsabilidad hay que imputarle en ello al legislador: si tenemos en cuenta que la mencionada Ley 23/2003 inaugura en nuestro Derecho un nuevo modelo de saneamiento por vicios ocultos aplicable sólo a la venta de bienes de consumo, ¿qué razones, aparte burocráticas distribuciones competenciales entre ministerios (no parece existir demasiado temor reverencial a “tocar” el viejo Código), llevan a promulgar una (enésima) ley especial, en lugar de integrar las prescripciones comunitarias en el Código Civil? El Código es, que sepamos, la sede del contrato de compraventa y del saneamiento por vicios ocultos; nada impedía incluir este peculiar régimen de saneamiento, reservado a la venta de determinados bienes, dentro de la regulación codificada. Y, sin embargo, el legislador prefiere promulgar una ley *ad hoc*, “sin perjuicio” de lo dispuesto en la legislación general. Paradójicamente, y para muchos juristas prácticos, parece que lo que no está en el Código no está en el mundo. De manera que ni los abogados invocan determinadas normas, ni los juzgados las aplican.

Eso parece haber sucedido en el caso contemplado por la Audiencia Provincial de Zamora en su Sentencia de 13 de septiembre de 2005, al menos en primera instancia, donde todo se basaba en el Código Civil, Código de Comercio, Ley 11/98 de Defensa de Consumidores y Usuarios de Castilla y León, y Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, Ley de 15 de enero de 1996 de Ordenación de Comercio Minorista. Es la Sala quien introduce el elemento normativo proporcionado por dicha Ley de Garantías. Ley que, como es sabido, presenta numerosas dudas interpretativas, ello no tiene nada de extraordinario. Y por eso, es importante la labor hermenéutica de los tribunales, que redundará, sin duda, en una mejor y mayor aplicación de la norma.

Los hechos son sencillos y parecen sacados de un caso práctico-tipo: 1.º.- La actora adquiere en el establecimiento de la demandada, una cazadora de piel por importe de 240 euros, que pagó; 2.º.- Un año más tarde, dado que la cazadora presentaba defectos, acude al establecimiento donde la había comprado, cuya propietaria recoge la cazadora y le entrega un vale por importe de 240 euros, que tenía un período de caducidad de tres meses; 3.º.- Al parecer, la cazadora fue devuelta por la dueña del establecimiento a la fábrica donde había sido confeccionada la cazadora, sin que conste que hubiera sido reparada y la causa de los defectos; 4.º.- En el mismo mes, la

demandante acude nuevamente al establecimiento de donde se lleva una prenda de lluvia, totalmente distinta de la cazadora, cuyo precio era de 234 euros, por lo que la dueña del establecimiento extendió un vale por importe de seis euros, diferencia entre el vale de 240 euros y el precio de la nueva prenda de vestir, devolviendo el mismo día o al día siguiente la prenda de vestir debido a que no estaba conforme con ella, recibiendo a cambio un vale por importe de 234 euros.

La sentencia sienta algunos criterios relevantes en cuanto a la interpretación de la Ley, que pueden resumirse en los siguientes:

1º) Está demostrada la falta de conformidad, toda vez que:

- a) El establecimiento recogió la cazadora de piel que le devolvió la compradora y, a su vez, la devolvió al fabricante, atendiendo a los defectos que presentaba.
- b) No se ha demostrado que los defectos fueran debidos a la falta de conservación o inadecuado uso de la compradora: clara inversión de la carga de la prueba.

2º) Quedan descartados los remedios de primer grado (reparación y sustitución del bien), pues la demandada no ha probado que la cazadora hubiera sido reparada o que pudiera ser sustituida por otra igual o similar: nueva inversión de la carga probatoria.

3º) En consecuencia, sólo queda como único remedio, pues la reducción del precio tampoco parece aplicable, el remedio subsidiario de segundo grado de la resolución del contrato, que conlleva, según los artículos 1.124 del Código Civil en relación con el artículo 1.295, la devolución de las cosas objeto del contrato y del precio.

4º) La obligación de devolver el precio no se cumple por el vendedor mediante la entrega de un vale por el importe del precio, pues, aparte que no es identificable el precio con el vale, mediante dicha operación se limitaba la libertad de compra de la consumidora.

5º) La segunda prenda entregada, a cambio del vale, queda igualmente sometida a las normas de garantía, de manera que si igualmente se aceptó su devolución es porque tampoco era conforme con el contrato, y nuevamente desembocamos en una nueva resolución contractual.

6º) La aceptación del vale por el importe de la cazadora devuelta, no equivale a una renuncia a reclamar la devolución del precio, pues el consumidor estaba amparado por la norma legal, pese a que desconociera su contenido. Y así, la Sala interpreta dicha aceptación como que lo hacía a condición de que con el importe del vale pudiera adquirir, sin límite de tiempo, en el mismo establecimiento, otra prenda de vestir que satisficiera sus necesidades, pues de no ser con esta condición y salvo que ignorase el contenido de la norma legal, era mucho más favorable para la consumidora exigir la devolución del importe del precio, pues le dejaba libertad total para destinarlo al fin que deseara, bien adquirir prendas de vestir en el mismo establecimiento, bien en otro distinto.

Como puede apreciarse, la Sala se ha tomado en serio el principio *in dubio pro consumatore*, consagrado al máximo nivel, el constitucional. Y ha hecho lo correcto. Justamente para eso están los principios generales del Derecho.

1.10.- ¿RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL SIN RESPONSABILIDAD CIVIL?¹⁰

No creo que pueda cuestionarse la bondad del objetivo, ni las loables intenciones de nuestros legisladores cuando, a través de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, han venido a responder a “la necesidad de contar con una legislación ambiental que instrumente nuevos sistemas de responsabilidad que prevengan eficazmente los daños medioambientales y, para los casos en los que estos lleguen a producirse, aseguren una rápida y adecuada reparación”. Además, ello constituía un deber legislativo impuesto por la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, que esta ley traspone a nuestro ordenamiento jurídico.

Mayores dudas suscita, sin embargo, el grado de consecución de tan loable objetivo alcanzado en la norma. Si atendemos a su Exposición de Motivos, se ha pretendido incorporar a nuestro ordenamiento jurídico “un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que *quien contamina paga*”. Y, en efecto, hay que admitir que el régimen de esa “responsabilidad” que se establece viene configurado por las siguientes características:

1º) Se trata de una responsabilidad de carácter ilimitado, pues el contenido de la obligación de reparación o de prevención que asume “el operador responsable” (el artículo 2 no es una norma jurídica sino todo un auténtico diccionario de terminología administrativa medioambiental, al más puro estilo tecnócrata) consiste en devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras. No se sabe muy bien qué entiende el autor de la Exposición de Motivos por “indemnización dineraria”, cuando afirma que ésta no satisface el “valor medioambiental”, y la distingue conceptualmente de la “restauración total de los recursos naturales y de los servicios que prestan”. Parece no tener presente el principio de resarcimiento íntegro, propio de la responsabilidad civil moderna.

2º) Es, además, una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento. No deja de llamar la atención esta nota característica, si se conecta con la anterior, pues toda responsabilidad objetiva viene siempre limitada cuantitativamente.

3º) Muy digno de alabanza es el objetivo preventivo que preside toda la norma, y que viene a acoger un modelo de tutela inhibitoria del daño, que algunos venimos reclamando desde hace algún tiempo, dentro del moderno Derecho de Daños. Y las modestas aportaciones doctrinales que hemos venido publicando en la RPDD constituyen un buen ejemplo de ello.

¹⁰ Editorial RPDD

4º) Hasta aquí, podríamos aceptar que la norma resulta audaz y progresista, como audaz y acuciante es el objetivo que persigue. Sin embargo, mucho nos tememos que todo va a quedar reducido a un incremento de las obligaciones y trabas administrativas y burocráticas para las empresas y profesionales, y a una ampliación de las insaciables potestades sancionadoras de las administraciones públicas. Y ello porque el régimen instaurado se configura, ante todo como una responsabilidad *administrativa*, pues la Ley se limita a instituir “todo un conjunto de potestades administrativas con cuyo ejercicio la Administración pública debe garantizar el cumplimiento de la ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora”, como expresamente reconoce la misma Exposición de Motivos, que reconoce abiertamente su intención de separarse “de la responsabilidad civil clásica en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial”.

En efecto, el artículo 5 expresamente manifiesta que la Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales, y llega a afirmar que “los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado. O sea que, como reciente y agudamente se ha apuntado por Martí Martí, “quien contamina paga, pero quien la sufre no cobra”.

No acabamos de entender qué prejuicios llevan al legislador a separarse de lo que denomina responsabilidad civil “clásica”, ni en qué consiste una responsabilidad que no lo sea, cuando la experiencia de los últimos veinte años nos ha demostrado que el único instrumento jurídico verdaderamente eficaz para la defensa del medio ambiente viene dado precisamente por la responsabilidad civil que, clásica o no, es la única que conocemos. Ni el ordenamiento penal ni el administrativo han obtenido precisamente los mejores resultados. Sólo la actuación de los perjudicados ante los tribunales civiles ha venido a hacer realidad el principio “quien contamina paga”, que no puede entenderse sino como la contrapartida de que “quien sufre el daño ambiental cobra”, en contra de lo que abiertamente sostiene la ley.

¿No hubiera sido mejor potenciar los instrumentos propios de aquella responsabilidad civil “clásica” que tanto parece despreciar la norma, para adecuarlos a las peculiaridades del daño ambiental? ¿No conocen los autores del texto prelegislativo las numerosas tesis doctorales que en la última década han estudiado los problemas de la responsabilidad civil por daño ambiental, desde distintas perspectivas (podría mencionar una decena de ellas)? ¿No resultaría razonable haberse acordado de la existencia de las acciones colectivas contra daños en nuestra Ley de Enjuiciamiento, para ponerlas en conexión con la problemática ambiental y sacarlas del estrecho corsé del Derecho del consumo?

En fin, una vez más, uno no deja de lamentar que la ciencia jurídica vaya por un camino, que a veces se nos presenta ciertamente estéril, y la tecnocracia legislativa siga el suyo propio.

1.11.- ANIMALES, VICIOS REDHIBITORIOS Y *ALIUD PRO ALIO*¹¹

Resulta llamativo cómo las normas (aparentemente) más vetustas de nuestro Código Civil readquieren vigencia, aplicación y dudas interpretativas cuando menos se espera. Así ha sucedido al conectar la garantía en la venta de bienes de consumo con las viejas normas del saneamiento por vicios ocultos, con la acción negatoria a la hora de defender a la persona de las inmisiones molestas o con determinados fideicomisos, por poner algunos ejemplos.

La atención a la llamada “jurisprudencia menor” emanada de nuestras audiencias provinciales constituye una buena fórmula para tomarle el pulso a esos vaivenes que nos brinda la que podríamos denominar “vigencia real” de las normas. Así, vengo observando en unas cuentas sentencias recientes el planteamiento reiterado de un problema concreto que se suscita en la venta de animales domésticos, singularmente mascotas y caballos para la práctica de la equitación: El animal vendido manifiesta una enfermedad grave con posterioridad a la venta, las partes discuten si el origen de dicha enfermedad es o no anterior a la venta, y cuando se produce la muerte del animal ha transcurrido ya el brevísimo plazo (de garantía, no se olvide) que establece el CC para el supuesto de vicios redhibitorios en la venta de animales.

Así, en algunos pronunciamientos, el tribunal considera que es de aplicación dicho plazo del artículo 1496 del CC, y que la acción estaba caducada al haberse presentado la demanda transcurridos los cuarenta días siguientes a la entrega del animal.

Sin embargo, esa solución puede resultar singularmente drástica y contraria a la equidad, máxime cuando las cantidades de dinero que hoy se pagan en la compra de esta clase de animales son, desde luego, astronómicamente más elevadas que las tradicionalmente atribuidas a las cabezas de ganado, que es en “lo que está pensando” el legislador de nuestro Código Civil. Por ello, suele acudirse a dos vías alternativas:

En ocasiones, el comprador y la jurisprudencia han venido acudiendo a la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, al entender que el comprador (e incluso, tal vez, el vendedor) padeció un error respecto de las cualidades esenciales del animal, comprado como sano pero realmente enfermo. Error determinante de la emisión de la declaración de voluntad, esencial, invencible y, en consecuencia, invalidante.

Y en otros casos, se acude a la doctrina del *aliud pro alio* o incumplimiento de la obligación del vendedor consistente en la entrega de una cosa diferente de la vendida. Lo que sucede en estos supuestos de enfermedad grave del animal, se dice, no es que haya aparecido un vicio redhibitorio, en cuyo caso sí sería de aplicación el plazo de caducidad. Sino más bien que el vendedor ha entregado un animal enfermo *en lugar de* uno sano, como se desprendía de la obligación que asumió. Lo que resulta particularmente evidente cuando, con arreglo al resultado de la prueba, el fallecimiento se debe a un hecho anterior a la entrega, manifestado o no antes de la misma, de manera que cuando se efectuó aquélla, el animal vendido ya no reunía las características pactadas.

¹¹ Editorial RPDD

Dicha acción por incumplimiento contractual, consistente en la entrega de cosa diversa de la pactada, se encuentra sometida, obviamente, al plazo prescriptivo general de 15 años, conforme al artículo 1964 del CC.

La solución parece justa, y jurídicamente ingeniosa. Sin embargo, y si dejáramos a salvo los problemas de caducidad ¿para qué casos queda entonces el supuesto concreto de los vicios redhibitorios en la venta de animales? O, dicho de otro modo, ¿cuándo nos encontramos ante dichos vicios redhibitorios y cuándo ante un supuesto de *aliud pro alio*? Y, por fin, ¿cómo se conecta todo ello con la doctrina general del riesgo en la compraventa, y la regla general de exoneración del deudor de entrega de cosa determinada cuando ésta se pierde sin culpa del deudor y antes de constituirse en mora? Son, sin duda, preguntas muy antiguas para las que no parece haber respuesta clara (¡aquí tampoco!) en las sentencias que han abordado últimamente la cuestión.

2.- PREVENCIÓN Y REPARACIÓN, LAS DOS CARAS DEL DERECHO DE DAÑOS¹²

2.1.- PLANTEAMIENTO

El presente trabajo constituye, en realidad, una segunda versión del que, bajo el título “La tutela inhibitoria del daño (la otra cara del Derecho de daños)”, redacté como contribución al Libro Homenaje dedicado al Prof.Dr. Luis Díez-Picazo. El punto de partida y la tesis que mantengo es la misma, aunque introduzco algunos cambios y adiciones significativos e, incluso, rectificaciones, unas veces fruto de la reflexión y otras propiciadas por los cambios legislativos, la más reciente experiencia jurisprudencial, y la última bibliografía sobre la materia, que ha sido particularmente abundante. Lo que demuestra el indudable interés que despierta el tema.

La hipótesis de arranque, o sea, la explicación razonable que se admite provisionalmente como punto de partida de toda investigación, puede resumirse en el siguiente razonamiento:

1º) Son numerosos y difícilmente rebatibles los argumentos lógicos, sociológicos y económicos que avalan la preferencia del “prevenir” sobre el “curar”, de evitar el daño antes que resarcirlo.

2º) Y además, no hay ninguna razón que impida cumplir tal misión preventiva al Derecho privado en general, y al civil en especial.

3º) Constataciones ambas que, unidas al desplazamiento hacia la protección de las víctimas de daños que en las últimas décadas ha conocido la responsabilidad civil, han llevado a una abundante y rigurosa doctrina a predicar para dicha institución una función preventiva del daño; y no ya como mero efecto inducido o secundario de la misma, sino como finalidad directa y primaria.

4º) Sin embargo, siguen existiendo graves escollos para seguir llamando “responsabilidad” a algo distinto de la reparación-resarcimiento del daño. Responsabilidad es un *posterior*, la consecuencia jurídica de un daño, y la idea de prevención requiere un *prius* que encaja mal en aquel concepto, por mucho que queramos ampliarlo o deformarlo.

5º) Nada obliga a traducir el principio *alterum non laedere* en la regla “el que daña repara”. Al menos no exclusivamente. Del viejo principio cabe derivar también el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. “No dañar” supone, obviamente, “reparar el daño causado”; pero sobre todo es eso, “no causar daños” o, lo que es igual, evitar que se produzcan. De manera que el moderno Derecho de daños, indudablemente todavía en construcción, ha de bifurcarse para comprender dos manifestaciones distintas:

a) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria.

b) La responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria.

6º) Dicha tutela inhibitoria no es nada nuevo en nuestra tradición jurídica, al menos en determinados supuestos típicos (interdictos, acción negatoria, abuso del derecho, etc.). Sin embargo, es preciso reconstruirla en un tratamiento unitario, para aplicarla específicamente a la prevención del daño con carácter atípico y general.

¹² Trabajo publicado en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007.

2.2.- TESIS: LA PREVENCIÓN-EVITACIÓN DEL DAÑO, MISIÓN IRRENUNCIABLE DEL DERECHO CIVIL

El daño, como “menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹³, es algo esencialmente indeseable. Y por ello, parece obvia la popular preferencia del “prevenir” sobre el “curar”. Es perfectamente aplicable al daño lo que, en relación con el acto ilícito¹⁴, escribía Trimarchi hace algún tiempo: “La reacción que el ordenamiento jurídico opone contra el acto ilícito mira preventivamente a impedirlo, y sucesivamente a eliminar sus consecuencias. Mejor prevenir que curar: es un obvio principio de economía. Por eso, aún antes de que el acto ilícito sea cometido, el Derecho opera no sólo con la amenaza de la sucesiva sanción..., sino también con medidas inmediatas dirigidas a impedir el comportamiento lesivo antes de que se produzcan”¹⁵. Con toda la razón se ha afirmado que “bien está que se compensen ciertos daños, pero no alcanzamos a ver cómo no es mejor intentar además disminuir la frecuencia con que ocurren y su gravedad”¹⁶. Afirmaciones ya resultan obvias desde el más elemental sentido común, se justifican adicionalmente con otros argumentos técnicos que resumimos a continuación:

1º) El tremendo desplazamiento que se ha producido en el Derecho de daños de las últimas décadas, que ya no gira en torno al dañador, sino alrededor de la víctima, avala antes la prevención que la reparación. Como es sabido, puede afirmarse, plásticamente, que en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de operaciones de la responsabilidad civil: el “primer actor” ya no es (como en el artículo 1902 del Código civil) “el que causa daño a otro”, ni tampoco (como en el artículo 1101) “los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad...”, sino precisamente ese “otro” que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que “todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser

¹³ LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. esp. y notas de SANTOS BRIZ, t. I, Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1958, pág. 193.

¹⁴ Aunque no es el objeto de este trabajo, es bien conocido el esfuerzo que, desde mediados de la década de 1960, ha realizado la doctrina italiana para distinguir entre *ilícito* (conducta antijurídica) y *daño*, hecho histórico, material, que puede ser eventual consecuencia del ilícito o derivar de otras causas distintas. *Vid.*, por todos, MÒCCIOLA, “Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, pág. 367; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Cedam, Padova, 1998, págs. 1 y ss. y 116 y ss.

¹⁵ TRIMARCHI, voz “Illecito”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 20, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 106. La traducción es mía.

¹⁶ SALVADOR CODERCH-CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, M. Pons, Madrid, 1997, pág. 10. En la pág. 107 continúan: “...la idea de que el Derecho civil de daños ha de renunciar a todo principio de preservación *ex ante* de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a *esperar y ver* cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, resulta incluso intuitivamente contraria al buen sentido”. Por lo demás, tal finalidad preventiva ya fue reclamada por DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, pág. 572; y TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, págs. 133 y ss.

indemnizado”, o algo parecido¹⁷. En suma, cabe hablar de un (relativamente nuevo) principio general de nuestro Derecho, formulado como el *favor victimae* o principio *pro damnato*. No es sino la concreta aplicación al dominio de la responsabilidad civil de otro más amplio, que erige a la defensa del débil (en sentido jurídico) en la preocupación esencial del Derecho moderno, por decirlo en palabras de Josserand, en su conocido trabajo sobre “la protección de los débiles por el Derecho”¹⁸.

Pues bien, ¿Qué mejor para la eventual víctima de un daño que no llegar a serlo? El principio *alterum non laedere* no deja de mirar la realidad desde la óptica del dañador, destinatario de la prohibición de perjudicar. Frente a ello, si queremos ocupar la perspectiva de la víctima hemos de pensar más bien en un “derecho a la indemnidad”, oponible *erga omnes*.

2º) El Derecho civil siempre ha brindado mecanismos de protección preventiva de la posesión (interdictos), de la propiedad (acción negatoria) y de otros derechos subjetivos de carácter patrimonial¹⁹. Con mayor motivo habrá de hacerlo en relación con ese “derecho a la indemnidad” que tratamos de proteger mediante el Derecho de daños y que se trata de un derecho subjetivo a menudo implicado con bienes y derechos de la personalidad, elevados casi siempre a la categoría constitucional de derechos fundamentales. Sólo así podrá mantener nuestra disciplina su secular papel defensor del deber general de respeto a la persona²⁰.

Hace tiempo que conocemos la necesidad de someter la vieja *summa divissio* de Ulpiano a meros “criterios de preponderancia” (según recomiendan Bullinger y Raiser), de manera que Derecho Público y Derecho Privado ya no se contraponen axiológicamente, sino que se estructuran paralelamente y se complementan recíprocamente, estableciéndose campos de preponderancia o intensidad relativa de lo

¹⁷ El fenómeno es bien conocido y ha sido explicado hasta la saciedad. He resumido su alcance en LLAMAS POMBO, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba” en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, dir. J.A. MORENO, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 299 y ss., y más arriba en el epígrafe relativo al principio *pro damnato*.

¹⁸ Sobre el *favor victimae*, puede verse DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, v.I, Madrid, 1973, pág. 276; IDEM, “La responsabilidad civil hoy”, en A.D.C., 1979, pág. 732; CAVANILLAS MUGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, pág. 66; ALTERINI, A.A., “La presunción legal de culpa como regla del *favor victimae*”, en *Responsabilidad por daños*, Libro Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; LORENZETTI, R. *Las normas fundamentales del Derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995, págs. 98 y ss.; IDEM, *Responsabilidad civil de los médicos*, t.II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, págs. 209 y ss.

¹⁹ Ya entre las tres funciones primordiales de los jurisconsultos romanos *-respondere, agire, cavere*- ocupaba un lugar fundamental la tarea de prevención-evitación de litigios. En ese *cavere* está el origen de las *cautiones* en general, y de la *cautio damni infecti* en particular.

²⁰ Es inevitable traer aquí las palabras, ya antiguas, del profesor D. Federico DE CASTRO: “aceptado el daño de algo que no es un derecho subjetivo, que es precisamente una cualidad de la misma persona, se acoge implícita, pero necesariamente, la figura de la situación protegida y el correspondiente deber general de respeto a la persona” (*Derecho Civil de España*, II, pág. 38). Cabe citar también ROCA JUAN, “Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente), en A.D.C., 1986, págs. 763 y ss.

público y lo privado²¹. Campos que en el Derecho Privado se fundamentan en el valor de la autonomía, en las instituciones más íntimamente conectadas a la libre disposición e iniciativa de la persona, a través del derecho subjetivo y el negocio jurídico. Adicionalmente, también hay que someter la clásica identificación entre Derecho civil y Derecho Privado al *principio de solidaridad*, del que habló Rodotà, y que obliga a ceder autonomía privada para obtener bienestar colectivo. En suma, al civilista actual ya le interesa muy poco determinar si su Derecho es público o privado: es un *ius novum* que tiene de todo. Tanto el Derecho de la construcción, como el Derecho de daños, el de Persona, Familia o el Inmobiliario, por poner algunos ejemplos, concitan la interacción de normas públicas y privadas. El Estado social de Derecho impone un Derecho civil sensible a los *intereses generales y colectivos*, cuya protección ha de constituir un principio activo de toda relación jurídica, y por cuyo cumplimiento debe velar el Estado, que ya no ocupa una posición neutral en las relaciones interindividuales. Por ello, cabe hablar de una verdadera “*socialización*” del Derecho civil, que no se ve ya en términos peyorativos, como un ataque al Derecho civil. Éste, en efecto, debe contemplar los intereses sociales o colectivos y adecuarse a la protección de los intereses de aquellos miembros de la sociedad más débiles (los consumidores, los usuarios, los menores, los incapaces, las víctimas de daños y perjuicios), y de los valores colectivos imperantes (igualdad, productividad de la riqueza, empleo racional del medio ambiente, etc.). El civilista moderno no pierde de vista el peso que adquieren los *fenómenos colectivos*, y la idea social que sustituye unas veces, y se superpone otras, a la idea individual²². Frente a un ordenamiento de actividades netamente individuales, el Derecho civil actual es el ordenamiento de las “formas asociativas”, de la “cooperación humana”, que caracterizan a toda la actividad económica moderna. Las ideas de solidaridad social y protección de los intereses generales y colectivos ya no son ajenas al Derecho civil, y presiden, por imperativo del Estado social y democrático de Derecho, las viejas y las nuevas instituciones que lo integran.

Por eso, ya no es admisible el viejo mito del monopolio preventivo del Estado y el Derecho administrativo²³: El Derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un “derecho a perjudicar”²⁴.

²¹ Me he ocupado extensamente de la cuestión en LLAMAS POMBO, *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*, Rubinzel-Culzoni, Buenos Aires, 2002; 2^a ed., Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, págs. 106 y ss.

²² “Cada vez menos cuestiones privadas. Cada vez menos cierta la regla de oro del Derecho civil *res inter alios acta*. Este es el tapón mal encajado por donde se vacía el agua del Derecho civil”, escribía hace pocos años CARRASCO PERERA (*El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, pág. 134) en una visión un tanto pesimista de un fenómeno que a nosotros no nos parece necesariamente negativo.

²³ Agudamente observa LORENZETTI, R., a propósito de la tutela civil inhibitoria, que “actualmente, con el fenómeno de la difusión del poder, que supone la titularización individual y difusa como modo de actuación social, proporcionan un nuevo paradigma de análisis de estas nuevas herramientas” (“La tutela civil inhibitoria”, en *La Ley -Argentina-*, 1995, pág. 1218).

²⁴ ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 307. SEGUÍ-JAPAZ-AMENÁBAR, “Prevención y reparación de los daños ambientales en el proyecto de Código civil de 1998”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 4, 1999, pág. 20.

3º) Tal función preventiva poco o nada tiene que ver con la punición y, por ello, el Derecho civil puede perfectamente cumplir una finalidad preventiva de daños, sin necesidad de acudir para ello al castigo que, obviamente, sí queda fuera de su ámbito de actuación. De manera extensa e irrefutable han demostrado ya Salvador-Castiñeira que “prevenir y castigar no son expresiones sinónimas, pues si bien castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto, ya que no todas las normas y disposiciones jurídicas que tratan de prevenir... mandan castigar a quien las incumple”²⁵. En este punto coincidimos con la primera tesis mantenida en su conocida y brillante obra ya mencionada, a la que me remito; por el contrario, discreparemos más adelante de algunas de las conclusiones que allí se alcanzan a partir de tal premisa.

En efecto, el establecimiento forzoso de medidas conducentes a la evitación de un daño amenazante, ya sea mediante la prohibición o la imposición de realizar determinadas conductas, no tiene absolutamente nada que ver con la punición o el castigo. O, al menos, no más que la condena a la obligación de indemnizar un daño ya causado.

4º) Esa función preventiva no es meramente un ideal humanista, sino que resulta también eficiente²⁶ desde el punto de vista económico²⁷. Es bien sabido que el objetivo central del análisis económico del Derecho de daños es la reducción al mínimo del “coste de los accidentes”²⁸, o sea, la suma total de los recursos empleados en prevenir y resarcir los perjuicios. Un importante esbozo teórico en la búsqueda de un camino conducente a lograr ese objetivo ha venido siendo la definición de un concepto económico de negligencia, que permita optimizar el coste total de las indemnizaciones, a base de mantenerlo en un nivel no inferior a los costes de prevención (lo que sería un derroche de recursos preventivos) ni superior a éstos (en cuyo caso resulta *más caro* “curar que prevenir”). Si bien se mira, tal es el sentido último de la famosa fórmula *Learned Hand*²⁹.

²⁵ SALVADOR CODERCH-CASTIÑEIRA PALOU, *op. cit., passim*. El texto transcrita es de la pág. 10, y se desarrolla y argumenta especialmente en sus págs. 107, 110 y 113-115.

²⁶ *Vid. PAZ-ARES*, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, *Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843 y ss.

²⁷ Con su peculiar agudeza lo expresa DÍEZ-PICAZO: “Al lado de la prevención como impulso psicológico aparece la prevención como actividad racional del *homo economicus*: si los costes de prevención de los accidentes se mantienen en cotas adecuadas y los paga quien razonablemente deba hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de los costos de los accidentes” (*Derecho de Daños*, Cívitas, Madrid, 1999, pág. 48).

²⁸ Por utilizar la archiconocida expresión de CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la Responsabilidad Civil*, trad. esp. BISBAL MÉNDEZ, Ariel, Barcelona, 1984. *Vid.* también SCHÄFER-OTT, *Manual de Análisis Económico del Derecho*, trad. esp. VON CARSTENN-LICHTERFELDE, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 98 y ss.

²⁹ La archiconocida fórmula del juez Learned Hand aparece citada y explicada por doquier, por lo que basta aquí remitir a POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4^a ed. Boston-Toronto-London, 1992, págs. 147 y ss.; SCHÄFER-OTT, *op. cit.*, págs. 109 y ss.; PAZ-ARES, “La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)”, en *A.D.C.*, 1981, págs. 654 y ss.; GÓMEZ Y PASTOR, “El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, en *A.D.C.*, 1990, págs. 495 y ss. SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 133 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, págs. 68 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, *cit.*, págs. 210 y ss. Junto a dicha regla, se manejan otras variantes como la del *cheapest cost avoider* o el *cheapest insurer*.

Pues bien, la aplicación de tales criterios económicos demuestran por sí mismos que todo lo que sea “no invertir lo suficiente en prevenir” acaba resultando más costoso a la larga.

Pero no hace falta acudir a tal argumentación indirecta para deducir la rentabilidad económica de la prevención de los daños futuros. Existe una segunda vía mucho más directa para la consecución de aquel objetivo económico de reducción del coste de los accidentes, y que radica en la idea central de Calabresi: asignar (previa su determinación) el coste de los accidentes al ejercicio de las actividades que los causan, y por tanto, imputar el pago de dicho coste a quienes realizan tales actividades. Y es innegable que con ello se persigue y se consigue un efecto de “prevención general” de los daños, a través del mercado y el sistema de precios. La idea no es difícil de entender: el traslado (o reflejo) del coste del accidente (o sea, de la indemnización) al precio de una actividad, provoca un doble efecto. Por una parte, el mayor precio disuade a parte de los eventuales dañadores para que no realicen la actividad en cuestión. Y por otra, convierte en rentable la inversión en prevención.³⁰

2.3.- ANTÍTESIS: LA DISCUSIDA (Y DIFÍCILMENTE SOSTENIBLE) FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.3.1.- La pretendida multifuncionalidad de la responsabilidad civil

La contundencia de los anteriores argumentos, difícilmente discutibles, ha llevado a un importante sector de la doctrina a reclamar una función preventiva de la responsabilidad civil³¹. La afirmación de tal finalidad se enmarca normalmente dentro de una teoría que podríamos denominar de la multifuncionalidad de la responsabilidad civil. Así, frente a quienes venimos defendiendo la exclusiva función reparadora de dicha institución³², por destacados autores se afirma que el Derecho de daños cumple una múltiple función, que va más allá de la meramente indemnizatoria³³:

El fracaso teórico de dicha fórmula, tan sugestiva a primera vista, se pone de relieve de forma aplastante cuando se demuestra que el sujeto dañador, tras realizar sus cálculos, ha decidido que es económicamente “más eficiente” causar determinado daño que gastar en prevenirlo. Sobre todo si dicho daño afecta a derechos esenciales. Baste recordar el célebre caso del Ford Pinto en los EEUU.

³⁰ El tema se explica y desarrolla extensamente en SCHÄFER-OTT, *op. cit.*, págs. 98 y ss.; y en DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, págs. 212 y ss., con amplias citas de ATIYAH.

³¹ Quienes con mayor rigor lo han hecho en España han sido SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.,passim*, a los que, por ello, seguimos en este punto. Puede verse también PINTOS AGER, *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Barcelona, 2000, págs. 47 y ss.

³² A esa línea de pensamiento me adscribo de manera clara y rotunda, como expuse en la anterior versión de este trabajo, y profusamente en LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, págs. 85 y ss. Mucho antes, y seguramente con mejor fundamento, lo han hecho otros. Por todos, DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, *cit.*, p. 60; PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al artículo 1902”, *Comentarios del Código civil* (dir. Paz-Ares./ Díez Picazo./ Bercovitz y Savaldor Cordech), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991-II, pp. 1971 y ss.

³³ Junto a los citados en la nota anterior, sobre la función de la responsabilidad puede verse TUNC, *La responsabilité civile*, *cit.*, págs. 133-161; DIAS-MARKESINIS, *Tort Law*, 2^a ed., Oxford, 1989, *passim*; LARROUET, *Réflexions sur la responsabilité civile (évolution et problèmes actuels en droit comparé)*, Montreal, 1993, págs. 12 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, *cit.*, págs. 60 y ss.; *idem*, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Cívitas, Madrid, 1995, págs. 19 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, *cit.*, págs. 42 y ss.; PANTALEÓN,

- a) Demarcatoria, en cuanto delimitación de las fronteras que separan los ámbitos de la libertad de actuación y los de protección a determinados bienes e intereses, que por esta razón entrañan límites a la libertad³⁴.
- b) Compensatoria, o sea, la genuina finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil.
- c) Distributiva de la estimación económica del daño, sea *ex ante* (incentivando la contratación de un seguro de responsabilidad civil), sea *ex post* (forzando, mediante la indemnización, la transferencia de recursos del dañador a la víctima)³⁵.
- d) Preventiva, dirigida a evitar o minimizar los costes de los accidentes incentivando comportamientos eficientemente precavidos³⁶. Así, se dice que “deberá compensar quien no fue precavido” (o sea, una suerte de prevención general), y que “por ello, decidirá serlo en el futuro” (es decir, la prevención especial). Y que tal función preventiva no necesariamente ha de identificarse con la punición, pues la disuasión de los comportamientos dañosos no viene de la sanción o castigo, sino del establecimiento de una indemnización tal que a la víctima le hubiera resultado indiferente sufrir el daño y cobrar la indemnización, que no sufrir aquél ni cobrar ésta (compensación perfecta)³⁷. Sin embargo, aun reconociendo que las condenas civiles conservan un efecto disuasivo real aunque estén garantizadas por un seguro, no podemos obviar que la disuasión de comportamientos antisociales cuando se realiza en el nivel individual tiene escasos resultados: la mayoría de los accidentes se producen por el uso de cosas peligrosas y los efectos son casi siempre imputables al azar o a la imperfección técnica de los objetos o a las dificultades del hombre para conocer sus mecanismos³⁸.
- e) Punitiva, dirigida a reprochar, reprimir o castigar los comportamientos dañosos una vez que éstos han tenido lugar. Resulta muy llamativo que la proclamación de esta función haya vuelto a abrirse camino entre una parte de la doctrina española, ya

“Comentario al art. 1902 del CC”, en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1971 y ss.; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G., “Función actual de la responsabilidad civil”, en *Derecho de Daños, Homenaje al Prof.Dr. Jorge Mossé Iturraspe*, dir. Trigo Represas-Stiglitz, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 37 y ss. Y muy recientemente, en nuestra doctrina, CASAS PLANES, M.D., “La función de la responsabilidad civil (referencia especial a su controvertida función penal: los *punitive damages* en el Derecho anglosajón)”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, julio-agosto 2005.

³⁴ CANARIS, en el capítulo de Derecho de daños de la última edición del *Lehrbuch des Schuldrechts* de LARENZ, afirma que “el problema fundamental de todo derecho delictual consiste en la relación de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad de actuación” (pág. 350). Conforme con esta función de demarcación se manifiesta DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, *cit.*, págs. 43-44.

³⁵ Sobre esta función distributiva, puede verse nuevamente SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 107 y ss. Y en contra de la misma, de manera contundente, PANTALEÓN, “Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas”, en *Documentación Jurídica*, nº 81, págs. 171 y ss., Mº Justicia, Madrid, 1995.

³⁶ Ya André TUNC incluyó entre las funciones de la responsabilidad civil la de “prevención de comportamientos antisociales” (*La responsabilité civile*, *cit.*, págs. 135 y ss.).

³⁷ SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 113 a 115.

³⁸ Así lo pone de relieve VINEY (*op. cit.*, págs. 51).

ciertamente algo numerosa, empeñada en resucitar aquellos *punitive damages* del Derecho inglés, que se suelen traducir a la lengua castellana como “daños punitivos”, aunque nadie podrá negar que lo que resulta “punitivo”, según tal teoría, es la indemnización y no los mismos daños³⁹. La evidente (aunque algunos no lo vean, epatados por el supuesto exotismo de los *punitive*) falta de identificación entre prevención y punición lleva, sin embargo, a los autores más rigurosos a no mencionar esta función punitiva, pese a admitir la función preventiva⁴⁰.

f) Satisfactiva, tendente a buscar la satisfacción de la víctima y, su contrafigura, la expiación por parte del dañador. En realidad, no deja de ser una variante atenuada de la mencionada función punitiva, y se ha formulado como la “teoría de la función de satisfacción o desagravio”, derivada de la doctrina alemana de la *Genungtfungsfunktion*⁴¹. Esta teoría se basa en el criterio de que la responsabilidad civil ha de operar como una reacción frente al daño “injusto”; y, por ello, debe valorar y reparar el daño no sólo desde un punto de vista estrictamente material, sino también desde un punto de vista *jurídico*⁴². A partir de dicha valoración jurídica, se admite que el alcance de la reparación puede superar la extensión del daño, al tomar en cuenta otros factores jurídicos como la gravedad de la lesión, la alteración del orden jurídico, e incluso el enriquecimiento obtenido por el agente del daño. Y, al mismo tiempo, se reconoce que la “cesación de la actividad” fuente del daño responde a una función satisfactiva de la “reparación” que supera la mera compensación, dirigiéndose a la completa restauración del orden jurídico perturbado. No dejan de alzarse voces críticas a esta versión atenuada de los *punitive damages*, que, como éstos, provoca un enriquecimiento injusto en la víctima por valor de la reparación que excede del daño efectivamente producido⁴³.

2.3.2.- Discusión

Sin embargo, frente a todas esas pretendidas funciones que exceden a la meramente reparadora o resarcitoria en general, y particularmente en contra de la finalidad preventiva de la responsabilidad civil, se oponen serias objeciones, basadas en poderosos argumentos⁴⁴, que excluyen con toda claridad la función preventivo-punitiva

³⁹ Sobre el tema puede verse TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, pág. 85; PROSSER-KEETON, *On the Law of torts*, Saint Paul, Minnesota, 1984, págs. 9 y ss.; muy críticamente, VINEY-MARKESSINIS, *La reparación du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, París, 1985, págs. 57 y ss.; FLEMING, *The American Tort Process*, Clarendon Press, Oxford, 1988, págs. 213 y ss.; OWEN, “A punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, en *Punitive Damages (Symposium)*, 39 *Villanova Law Review* (1994), págs. 353 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., pág. 62; PIZARRO, “Detrás de las noticias (acerca de la prevención del daño derivado de la actividad de los medios masivos de comunicación)”, en *Responsabilidad por daños, homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Dir. Bueres, I, págs. 43 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, 1993, pág. 40; SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 163 y ss.; SALVADOR CODERCH, “Punitive Damages”, en *Indret*, 1/00 (www.indret.com), y la bibliografía allí citada. Existe un reciente y buen resumen de la cuestión en CASAS PLANES, M.D., “La función de la responsabilidad civil (referencia especial a su controvertida función penal: los *punitive damages* en el Derecho anglosajón)” *cit.*

⁴⁰ Es el caso de SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op.cit.*, *passim*.

⁴¹ FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, trad y notas por ROCES, Madrid, 1927, pp. 255-267.

⁴² La teoría ha sido brillantemente expuesta y defendida en España por SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., *op.cit.*, págs. 26 y 134; y se ha seguido también por CASAS PLANES, *op.cit.*, pág. 14.

⁴³ MANNA, A., “Il risarcimento del danno fra Diritto civile e diritto penale”, *Indice Penales*, 1991, págs. 587-614; y SACCO., *L'arrichimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, pág. 38.

de la misma y, en el caso de la responsabilidad contractual, una supuesta función de reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado⁴⁵, así como la función de evitar el enriquecimiento del deudor por efecto de su incumplimiento⁴⁶.

De todos esos argumentos, el primero y fundamental estriba en la circunstancia de que la indemnización no se gradúa en función de la gravedad de la conducta dañadora ni, en eventualmente, de la reprochabilidad de la misma, sino con arreglo a la entidad del daño. Lo que, a mi juicio, resulta absolutamente cierto, aun sabiendo que, al menos en el caso de la responsabilidad contractual, cuyos preceptos, por lo demás, se aplican siempre sin demasiado escrúpulo a la extracontractual, encuentra una grave objeción en los artículos 1103 *in fine* y 1107, si es que se interpretan los mismos de manera literal, en el sentido de admitir una graduación de la responsabilidad con arreglo a la “gravedad” de la conducta del deudor. Lo que sucede es que ciertamente, tal interpretación resulta hoy ya insostenible⁴⁷: Si aceptamos que el “deudor de buena fe” incluye a todo deudor no doloso y, por tanto, también al deudor culposo o negligente⁴⁸, la lectura a primera vista del artículo 1107, sugiere que aquél responde de los daños que

⁴⁴ Argumentos que han sido expuestos convincentemente y con detenimiento por PANTALEÓN, “Comentario al art. 1902 del CC”, *cit.*, págs. 1971 y ss. Vuelve sobre ellos el mismo autor, con singular gragejo, profusión de argumentos críticos frente al análisis económico de la responsabilidad civil (y algunas inolvidables reflexiones sobre la responsabilidad de las Administraciones por daños fortuitos), en “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil...*, *cit.*, págs. 439 y ss.

⁴⁵ Sobre ello, casi exclusivamente, acaba versando mi libro *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, *cit.*, al que no puedo dejar de remitirme en este punto. Esa función sustitutiva, tan necesaria para el significado del concepto de obligación y que magníficamente cumple la estimación (artículos 482, 861, 863, 886, 1062, 1136, 1147, 1150, 1185, etc. del CC), nunca puede ser satisfecha por la indemnización de daños y perjuicios. Ésta es inidónea para dicha función, y para la perpetuación obligatoria. Y ello, como se ha señalado agudamente, porque la subsistencia de la obligación supone: a) la permanencia del vínculo, con un único cambio del objeto (devenido imposible o inidóneo) por su valoración económica, b) la intangibilidad de la fuente obligatoria, y c) el mantenimiento del objeto; y la indemnización no cumple ninguno de ellos, pues tiene su fuente propia en los daños y en el factor de atribución, tampoco puede ocupar el lugar del objeto de la prestación, y además esa no es su función, sino la de compensar los daños que se han seguido del incumplimiento de la primitiva obligación (BADOSA, *La diligencia...*, *cit.*, págs. 864, 891 y 893).

⁴⁶ De hecho, creo acertada la opinión de CARRASCO PERERA, A. (Comentario al artículo 1101 del CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T.XV, vol. 1º, Edersa, 1989, págs. 374 y ss., pág. 668), y criticada por PANTALEON (“El sistema...”, *cit.*, pág. 1002), según la cual “no existe principio alguno en virtud del cual el deudor deba el beneficio que obtiene del incumplimiento”. Una cosa es sostener la posibilidad de aplicar el artículo 1186 tanto al *commodum ex re* como al *commodum ex negotiatione*, que comarto, y otra distinta facultar al acreedor para reclamar *como daño emergente* la cuantía del beneficio que haya podido reportar al deudor el incumplimiento de la obligación. La clave del daño está en la satisfacción-insatisfacción del derecho de crédito, o del interés que el acreedor tiene en el mismo, y no en la órbita de los intereses o el patrimonio del deudor. Preferimos, con DÍEZ.-PICAZO, “cargar el acento en la perspectiva de la satisfacción o de la violación del derecho de crédito, preguntándonos en qué medida el acreedor ha quedado o no satisfecho” (*Fundamentos...*, *cit.*, pág. 568). Paralelamente, existen lesiones del derecho de crédito, daños al acreedor, que no reportan beneficio alguno al deudor, y no por ello dejan de ser indemnizables.

⁴⁷ La cuestión ha sido objeto de un minucioso y brillante estudio de LEÓN GONZALEZ, J.M., lamentablemente aún inédito, titulado *Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento*. Y también se estudia con calma por el propio PANTALEON (“El sistema...”, *cit.* págs. 1023 y ss.).

⁴⁸ Tal es la opinión mayoritaria en toda la doctrina, con la notable excepción de DÍEZ-PICAZO en sus *Fundamentos...*, *cit.*, *passim*.

cumplan dos requisitos, uno de causalidad (“consecuencia necesaria”) y otro de previsibilidad (“previstos o previsibles”), y además esa responsabilidad puede “moderarse” a tenor del artículo 1103; mientras tanto, el deudor doloso respondería de todos los daños causados (aun no previstos ni previsibles), sin posibilidad de moderación judicial. Sin embargo, la interpretación moderna del precepto razona con arreglo al siguiente silogismo: 1º Si los daños previstos o previsibles (en sentido jurídico, no filosófico) no son otra cosa que las consecuencias necesarias del incumplimiento. 2º Y el deudor doloso responde de todos los daños (en sentido jurídico), es decir, de las consecuencias necesarias del incumplimiento. 3º Se concluye que el *quantum* indemnizatorio acaba siendo el mismo, sea el deudor de buena fe o doloso. Y según esto, el artículo 1103 quedaría reservado para aquellos casos en que el daño, siendo previsible, ha resultado mucho mayor del previsto⁴⁹.

Junto a dicho argumento, se alzan otros como la natural transmisibilidad de la acción civil a los herederos de la víctima, la asegurabilidad de la responsabilidad civil, la inaplicación a dicha responsabilidad de los principios de retroactividad de la ley más favorable, etc⁵⁰. Todos ellos demuestran que cuando se traslada la indemnización a personas distintas del dañador y la víctima, obviamente no cabe hablar ni de punición, ni de prevención (especial, al menos), ni de reintegración del crédito lesionado, ni cosa parecida.

Pues bien, en otro lugar he razonado mi total coincidencia con esta noción funcional de la responsabilidad civil exclusivamente resarcitoria, reparadora del daño, predicable tanto de su vertiente contractual como de la extracontractual⁵¹. Comparto sin fisuras que la función de la responsabilidad no es ni punitiva y preventiva, sino puramente indemnizatoria. En general, parece tenerlo claro también nuestra jurisprudencia. Basten como ejemplo las palabras de la STS 28 abril 1955⁵²: “la indemnización de los perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por ello, si el causante del perjuicio debe repararlo, tiene que hacerlo en su totalidad para que al

⁴⁹ Para los precedentes y Derecho comparado, en relación con el artículo 1107, es ineludible la consulta del comentario al mismo en CARRASCO, *Comentarios, cit.*, págs. 710 y ss.

⁵⁰ El tema, con referencia extensa al pensamiento de PANTALEÓN, lo trato con detenimiento en LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor, loc. cit.*

⁵¹ DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos..., cit.*, II, pág. 568) rechaza que se pueda englobar el incumplimiento de la obligación dentro de la noción del ilícito civil, para ponerlo en paralelo con los supuestos de la llamada responsabilidad aquiliana. Y argumenta tal criterio en que tal noción de ilícito exige buscar la existencia de antijurididad y de culpabilidad como elementos del ilícito. Sin embargo, no creemos que difieran tanto los elementos materiales que generan una y otra vertiente de la responsabilidad. Para afirmar la existencia de un incumplimiento obligacional, no es necesario preguntarse por la antijurididad de la conducta; como tampoco lo es para que un acto u omisión genere responsabilidad aquiliana, pues la antijurididad en realidad se predica como requisito del daño, no de la conducta. Y por otra parte, si efectivamente la culpabilidad no es necesaria (ni siquiera útil) para definir aquel incumplimiento, tampoco se requiere forzosamente para que un acto u omisión dañoso determine una obligación de resarcimiento en el ámbito extracontractual. En suma, si para definir el concepto de “ilícito civil” requerimos antijurididad y culpabilidad de la conducta, tendremos que concluir que ni el incumplimiento contractual ni el acto u omisión dañoso encajan en ese concepto de “ilícito”. Y si obviamos tales requisitos, habremos de convenir en que tanto el incumplimiento como dicho acto u omisión constituyen tales ilícitos civiles.

⁵² RJ Aranzadi 1555.

restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación”.

Sin embargo, también he considerado aconsejable no sostener tal criterio con excesivo radicalismo, sobre todo si se desea ser fiel a la realidad y se observa el funcionamiento de la responsabilidad a la luz de la historia y de la jurisprudencia. El peso de la tradición, impregnada de las sanciones de la Lex Aquilia y la *condemnatio pecuniaria*, por una parte, e incluso de la prisión por deudas en nuestro Derecho histórico⁵³, hace que siempre planee sobre nuestra responsabilidad civil un cierto paralelismo entre el “delito civil” y el delito penal. Y también una cierta remembranza entre la “compensación” que conlleva el primero, y la pena del segundo, en orden a sus funciones retributiva, reinsertadora y preventiva en su doble vertiente general y especial. No olvidemos que, en su origen romano, tanto la *actio legis Aquiliae* como la *actio in factum acommodata legi Aquiliae*, se dirigían a que el culpable abonase el máximo valor que la cosa tuviese en el año anterior o en el mes precedente, sin demasiada atención al verdadero daño. Y que fueron, ya en el *Ius Commune*, las aportaciones de los doctores de Derecho canónico las que tiñeron la indemnización de esa función exclusivamente reparadora⁵⁴.

En todo caso, es preciso reconocer que ese regusto punitivo se compadece poco con un moderno concepto de responsabilidad civil, que tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual mira esencialmente al resarcimiento y satisfacción de los derechos del acreedor o de la víctima, y se preocupa poco de la figura del deudor o dañador. Y no parece tener mucho sentido iniciar un camino de regreso, en sentido inverso al de la mencionada evolución. Sin embargo, parece como si, de manera muy secundaria o especular⁵⁵, como mero reflejo de la responsabilidad penal, el deudor debiera sufrir las consecuencias de su incumplimiento, no sólo para resarcir del daño al acreedor (como la pena compensa a la sociedad, en cierto modo la resarce), en su primordial finalidad, sino también para evitar ejemplarmente que siga cometiendo en el futuro actos de insolvencia (como la pena previene a la sociedad del delincuente a buen resguardo -prevención especial- y de nuevas y distintas agresiones, salvaguardando el bien común -prevención general-), y también para ser sancionado o retribuido, pues conviene que no proliferen las conductas que, con dolo o culpa, incurran en mora, contravengan el tenor de las obligaciones, con daño al acreedor, a la economía y al crédito. Si observamos hoy la proliferación de condenas por responsabilidad civil, el imparable auge de la responsabilidad objetiva, y la elevada cuantía de aquéllas, tenemos que admitir que, como efecto secundario o inducido, la responsabilidad civil no sólo repara o indemniza, sino que día a día adquiere cierto carácter retributivo, disuasorio, de prevención de conductas antisociales y dañosas. Por otra parte, como la tendencia criminalística apunta a la suavización de las penas, a veces resulta más conminatoria una suerte de “pena civil” (“rascarse bien el bolsillo”), que una condena estrictamente

⁵³ *Vid.* TOMÁS Y VALIENTE, F., “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”, en *A.H.D.E.*, 1960, págs. 249 y ss.

⁵⁴ Esa evolución se estudia detenidamente en DE CUPIS, A., *Il danno, cit.*, págs. 750 y ss.

⁵⁵ Admite ese efecto secundario el propio PANTALEÓN, en su comentario al artículo 1902, en *Comentario del Código Civil*, T.II, *cit.*, págs. 1971 y ss. Y también DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3^a ed., Madrid, 1993, pág. 60.

penal. No obstante, habrá siempre una distinción fundamental: la denominada pena civil, por principio, no reinserta o redime al infractor.

Llegados a este punto, resulta inevitable una reflexión, por breve que sea, acerca de la ya mencionada figura de los *punitive damages*, que ha sido acertadamente calificada como “uno de los factores que demuestran las invasiones recíprocas que se están produciendo entre los dos órdenes de responsabilidad, civil y penal”⁵⁶. Como es bien sabido, viene a consistir en una indemnización que llega más lejos de la mera finalidad reparadora (o sea, paradójicamente una in-demanización que no in-demaniza), sino que persigue un objetivo afectivo muy similar a la pena; y se utiliza sobre todo en aquellos casos en que el beneficio o provecho obtenido por el dañador como consecuencia de la conducta lesiva, supera con mucho el mero importe en que se cifra la reparación del daño sufrido por la víctima. Por ejemplo, la lesión del derecho a la intimidad de un ciudadano por una revista sensacionalista, que con motivo del reportaje o artículo obtiene unos beneficios adicionales sensiblemente superiores a la mayor de las indemnizaciones que, por lesión del derecho a la intimidad, pueda acordar un tribunal. Rancia institución del *Common Law*, y fuertemente criticada durante años tanto en Inglaterra (donde prácticamente han sido suprimidos desde el caso *Rookes v. Barnard*⁵⁷) como en EEUU, parece que en los últimos tiempos vuelve a cobrar cierto vigor, como se ha puesto de manifiesto tanto en la protección de ciertos derechos fundamentales en el Reino Unido, como en los famosísimos pleitos seguidos en EEUU por los afectados del cáncer de pulmón contra las compañías tabaqueras, en algunas reclamaciones derivadas de intromisiones en los derechos al honor y a la intimidad, y también en algunos supuestos de daños al medio ambiente⁵⁸. Así, en el Derecho americano se prevé explícitamente, la concesión de los daños punitivos, por ejemplo, en los supuestos de inmisiones vecinales siempre que la molestia haya sido causada “intentionally, willfully or maliciously”, penando así la conducta del dañador que actuó con una negligencia muy cualificada o intencionadamente⁵⁹; si bien, hay que mencionar

⁵⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pág. 40. En la anterior nota 27 menciono alguna bibliografía básica sobre el tema.

⁵⁷ Según recuerda DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, *cit.*, pág. 63. En efecto, en Inglaterra los *punitive damages* conocieron cierta expansión hasta que una decisión de la Cámara de los Lores de 1964 (*Rookes v. Barnard* 1964 –AC 1129-) redujo su ámbito de aplicación a tres hipótesis que se interpretan de modo restrictivo: a) cuando así lo dispusiera una ley; b) respecto a los actos opresivos, arbitrarios o constitucionales de un funcionario; y, c) en el caso en que el demandado hubiera calculado que el beneficio sacado de su conducta sería superior a la reparación a la que podría ser condenado.

⁵⁸ Explican SALVADOR CODERCH, (*Punitive Damages*, *cit.*, pág. 6) y CASAS PLANES, (*op. cit.*, pág. 20) cómo a partir de los años sesenta se ha producido una nueva expansión en el ámbito de aplicación de los daños punitivos por el Derecho inglés, interpretándose los criterios de excepción laxamente por los Tribunales; e, incluso, en tiempo reciente, un informe de una *Law Comisión* sobre indemnizaciones por daños y perjuicios ejemplares y graves ha recomendado la recuperación de los *punitive damages*, a imponer por un Juez nunca por el jurado, con el objeto de colmar las lagunas que deja el Derecho penal en muchos ámbitos. En dirección parecida, explica la última autora mencionada, la jurisprudencia americana aplica los *punitive damages*, sobre todo, a quien daña a la competencia leal, ya que el legislador americano no ha dudado en aumentar notablemente su carácter disuasivo decidiendo que todo agente condenado debería pagar a la víctima el triple del daño sufrido por el mismo. Así, de los estudios empíricos realizados en USA para analizar la praxis de los *Punitive damages* se desprende, entre otros datos, que, si bien la proporción y el importe de los veredictos condenatorios de tales daños son bajos (2% en responsabilidad del fabricante; 3% en negligencias médicas; 19% en difamación; 30% fraude; 21% derecho laboral; 27% derecho de contratos) y varía según la jurisdicción, los mayores incrementos en los veredictos condenatorios tienen lugar en pleitos contra empresas por pérdidas puramente económicas causadas dolosamente, y no en casos de litigación por daños corporales. Además, en los casos en los que existe la amenaza de ser condenado a estos daños la probabilidad de transacción es mayor.

⁵⁹ *Vid. MACÍAS CASTILLO, A., El daño causado por las inmisiones*, La ley, Madrid, 2004, pág. 325.

que las legislaciones estatales americanas han adoptado, sobre todo, tres tipos de técnicas para limitar los *punitives damages*: a) los baremos en el sentido de no poder superar el triple de la indemnización compensatoria o que han de mantener una relación razonable con la indemnización compensatoria; b) la atribución de parte, usualmente entre el 50% y el 75%, de su importe a una agencia estatal o a un fondo especial; y c) la bifurcación de las resoluciones sobre compensación y sanción, a solicitud del demandado y en distintas fases del proceso⁶⁰.

Pues bien, pese a las numerosas, autorizadas y bien documentadas opiniones que vienen propugnando la importación a nuestro ordenamiento de tan exótica figura, no dejo de seguir encontrando serias objeciones para admitir con un mínimo rigor tales “daños punitivos” (según la denominación que a menudo se da en lengua castellana a esos *punitive damages*, fruto de una apresurada traducción) en nuestro Derecho. Quienes propugnan aquella teoría continúan atribuyendo explícitamente a la indemnización una triple misión: 1) sancionar al dañador; 2) prevenir sucesos lesivos similares; y 3) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa⁶¹. Pues bien, hay que señalar que la segunda no es propiamente una finalidad punitiva, sino más bien preventiva; y la tercera bien pudiera encuadrarse dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa. Esas objeciones las he planteado en otro lugar bajo la forma de preguntas, para las que no acierto a encontrar respuesta satisfactoria, pues lo cierto es que, antes de incorporar la institución a nuestro Derecho, sería bueno recordar “diez enigmas sin resolver”⁶².

1º) ¿De verdad el pago de la *indemnización* sirve para prevenir un suceso lesivo que ya ha tenido lugar?

2º) En términos de prevención general (al estilo de la sanción penal) ¿realmente sirve de algo una indemnización cuyo importe no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta dañosa sino del daño mismo, cuya obligación es transmisible a terceros (ya por vía sucesoria, ya en virtud del extendido seguro de responsabilidad civil)?

3º) Si de verdad queremos sancionar al dañador, ¿no deberíamos prohibir el seguro de responsabilidad civil?

4º) Dicho con otras palabras, ¿no resulta evidente que la responsabilidad civil *previene* muy mal y *castiga* peor?

5º) ¿No estaba ya demostrado en nuestra doctrina civil que prevenir y castigar son funciones diferentes?

6º) ¿Existe alguna razón, salvo nuestra pasión por lo exótico (casi obsesiva si, además, viene del mundo jurídico inglés), para denominar *punitive damages* lo que no constituye otra cosa que la justa reparación del daño moral?

7º) El beneficio obtenido por el dañador a costa del perjuicio padecido por la víctima ¿no es, en la mayor parte de los casos, constitutivo de un daño moral en sí mismo? Baste recordar las intromisiones ilegítimas en la intimidad, por parte de medios de comunicación que obtienen, por ello, pingües beneficios.

8º) ¿No hace ya suficientes siglos que se viene atribuyendo la función punitiva a una rama del ordenamiento jurídico especializada en castigar, que por eso se llama Derecho Penal, y que viene sometida a unos principios que en ningún caso puede aplicar el Derecho Civil?

⁶⁰ SALVADOR CODERCH, P., “*Punitive damages*”, *cit*, pág. 8.

⁶¹ *Vid. Casas Planes, op. cit.*, pág. 23 y la bibliografía allí citada.

⁶² LLAMAS POMBO, “De nuevo sobre la función de la responsabilidad civil”, editorial nº 20 *Revista Práctica Derecho de Daños*.

9º) Dicho de otro modo, ¿se puede imponer una *multa* (no otra cosa es la indemnización punitiva) sin cumplir los requisitos y precauciones que impone un sistema penal especialmente garantista, dentro del Estado de Derecho?

10º) Y sobre todo, la pregunta del millón, que sigue sin respuesta: ¿qué hacemos con la indemnización punitiva pagada por el dañador? Si se la entregamos a la víctima, admitimos abiertamente legitimar un acto de enriquecimiento injusto pues, por definición, le estamos pagando por encima de lo que supuso el daño. Si se la queda el Estado, alguien debería explicarnos entonces en qué difiere esa multa de la sanción penal. Y si estamos pensando en financiar por esta vía a determinadas ONG's, asociaciones de víctimas o ideas luminosas parecidas, no parece esa la mejor manera de desincentivar los daños.

No se puede negar que, de forma inducida o secundaria, la responsabilidad genera un cierto efecto preventivo o disuasorio; incluso un sentido de reproche o punición en el condenado como responsable; ni siquiera que, en algunos casos, pueda conseguir un efecto redistribuidor de riqueza (en otros sucede justamente lo contrario; basta que el perjudicado sea “rico por su casa”). Pero eso no son más que efectos secundarios del principal objetivo resarcitorio de la responsabilidad civil.

Ciertamente, tales argumentos sirven más para combatir la pretendida finalidad punitiva (o sea, para demostrar que la responsabilidad civil no es responsabilidad penal), que para negar la función preventiva⁶³. De manera que si se separa el principio de prevención de la idea de castigo, pierden parte de su vigor. Pero no totalmente. Todo lo que sea prevenir conductas a base de una actuación *ex post facto*, como es la indemnización, no deja de parecernos un tortuoso camino para la prevención. ¿Hasta qué punto puede hablarse de “prevención general” cuando la *amenaza* indemnizatoria no se muesca en función de la conducta dañadora, sino de la entidad del daño? Si de lo que se trata es de prevenir verdaderamente, ¿no será mejor hacerlo *antes de producirse* ninguna suerte de daño, que esperar a que éste se produzca para operar a través del mecanismo indemnizatorio? ¿No es preferible prevenir directamente, prohibiendo o inhibiendo las conductas dañadoras que hacerlo de manera indirecta amenazando con la indemnización?

Económicamente, el camino resarcitorio tampoco parece el más eficiente para conseguir el objetivo preventivo del Derecho de daños expresado en el epígrafe anterior. De hecho, por más que persigan una finalidad (económica) preventiva, las dos vías utilizadas por el análisis económico del Derecho de daños mencionadas más arriba acaban buscando la optimización económica tomando en consideración la variable “indemnización”. Y resulta que también desde el punto de vista económico puede llegar a resultar ineficaz un sistema preventivo basado en los costes de reparación. Con agudeza lo explica Lorenzetti: “Las indemnizaciones no hacen justicia por sí solas, y pueden contribuir a aumentar los daños. La existencia del seguro, el efecto cascada en los mecanismos de precios, hacen que (el coste de) las indemnizaciones se traslade, y si se mantienen en un límite razonable, son un buen negocio. De este modo, (el sistema de responsabilidad civil) se transforma en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad”⁶⁴. También lo ha puesto de relieve Díez-Picazo: “si el costo de ser prevenido es muy alto y es alto el beneficio que se obtiene de no serlo, porque las indemnizaciones se van a mantener en márgenes aceptables, la idea de que quien no fue

⁶³ Como argumentan, con razón, SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 152 y ss.

⁶⁴ LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, *cit.*, pág. 1217.

precavido y por ello fue condenado, decidirá serlo en el futuro, es una idea que en términos generales es de difícil aceptación”⁶⁵.

2.4.- SÍNTESIS: TUTELA CIVIL INHIBITORIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL, DOS ÁMBITOS DISTINTOS DEL DERECHO DE DAÑOS

Lo que vengo proponiendo desde la anterior versión de este trabajo⁶⁶ es un intento dialéctico de superar el debate planteado en los dos anteriores epígrafes. Admitida la necesidad de un instrumento preventivo de los daños dentro del ordenamiento jurídico privado, y rechazada la bondad del (indirecto y amenazante) mecanismo indemnizatorio para conseguirlo, es preciso establecer un camino que, de manera directa, permita impedir las conductas dañosas y promover los comportamientos minoradores de los efectos del daño. Y esa vía no puede ser otra que la llamada *tutela civil inhibitoria* aplicada al daño. Camino, por tanto, distinto de la responsabilidad civil, para la que reservamos su genuina finalidad reparadora, pero que puede ser incardinado perfectamente dentro del moderno Derecho de daños, el cual viene a asentarse así sobre dos pilares: 1º) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria. 2º) La responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria⁶⁷. El principio *alterum non laedere* preside el Derecho de daños; pero no debe traducirse sólo como “el que causa un daño debe repararlo” sino también como “el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten”⁶⁸.

Ello supone, sin duda, una ampliación de la órbita de actuación del Derecho de daños hacia planteamientos preventivos, pero sin necesidad de forzar la indemnización con finalidades disuasorias ni sancionatorias. ¿Qué objeto tiene seguir llamando “responsabilidad” a lo que no es más que prevención o inhibición? ¿Por qué empeñarnos en conseguir, *ex ante*, tal efecto preventivo a través de un instrumento *ex post*, como es la indemnización, que además no se gradúa en función de las medidas

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, cit., pág. 48.

⁶⁶ La idea, obviamente, no me pertenece, pues ya ha sido insinuada por voces mucho más autorizadas. Algo parecido a lo que aquí propongo ha sido ya apuntado también en nuestro país por R. DE ANGEL YAGÜEZ, en términos que vale la pena transcribir: “En efecto, creo que si por responsabilidad civil entendemos lo que siempre hemos interpretado, su función no puede ser otra que la de reparación del daño causado, sin perjuicio de que de forma indirecta despliegue otras, como pueden ser la sancionadora o la de prevención. Lo que sucede es que no podemos, a mi juicio, seguir planteándonos la pregunta a la luz de un concepto, por así decirlo, *clásico* de la responsabilidad civil. Parece más adecuado formularse la cuestión en un ámbito más amplio, como podría ser el de la reparación de los daños. Es aquí donde a mi entender se manifiesta la mayor corrección, en el aspecto terminológico, de la expresión *Derecho de daños...* Si se desgaja del fenómeno de los *daños*, como hoy parece inexcusable, la idea de responsabilidad en su acepción clásica..., no hay ningún inconveniente en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva, y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras” (*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, cit.), págs. 230-231.

⁶⁷ Aunque exento de los graves problemas que atenazan a la doctrina italiana en torno al concepto de “ilícito” y antijuricidad, el esquema es similar al planteado por PIETROBON: “In sostanza, l’illecito sarebbe sempre el medesimo, consisterebbe essenzialmente in una violazione o trasgressione della legge che provocherebbe la sanzione consistente nell’azione inhibitoria, alla quale si aggiungerebbe, in presenza di un danno, di una imputabilità del soggetto e di una sua colpa, l’obbligo di risarcimento” (*op. cit.*, pág. 7).

⁶⁸ Si bien se mira, de los tres pilares que sustentaban la convivencia romana (y, en realidad, también la contemporánea), la responsabilidad civil deriva más del “dar a cada uno lo suyo” (*suum cuique tribuere*) que del “no causar daño a otro” (*alterum non laedere*), que viene a justificar más bien esta tutela inhibitoria.

preventivas adoptadas o dejadas de adoptar, sino de la extensión del daño producido? Nada se opone a separar dos categorías de daños, y brindarles tratamientos diferenciados: uno, el daño amenazante, y otro, el daño irrogado⁶⁹.

Esa tutela civil inhibitoria ha existido siempre en nuestra tradición jurídica, bien que caracterizada por dos particularidades que ahora deberíamos superar:

a) Por una parte, siempre ha venido establecida para unos cuantos supuestos típicos e inconexos. La tutela interdictal de la posesión, la acción negatoria, el artículo 590 del Código civil, el artículo 9.2 de la L.O. de 5 mayo 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen o, incluso, la imposición de medidas cautelares que impidan la repetición o agravamiento del daño, son efectivamente supuestos de tutela civil inhibitoria. Pero falta (en España) una doctrina general de dicha tutela que permita su actuación atípica frente a cualquier tipo de daño amenazante.

Se trata de algo parecido a lo sucedido históricamente con la responsabilidad civil, que evolucionó desde la inexistencia de un principio general de responsabilidad en Derecho romano, que sólo conoció acción contra particulares daños⁷⁰, hacia la generalización que supuso alcanzar la atypicalidad del ilícito y la proclamación de que “todo daño debe resarcirse” en los códigos civiles de la órbita napoleónica, por influencia del pensamiento de Grocio y las enseñanzas del iusnaturalismo⁷¹. En un proceso paralelo y semejante, se trata ahora de alcanzar un principio de tutela inhibitoria atípica contra toda clase de daño amenazante⁷².

b) Por otro lado, tales supuestos de tutela inhibitoria iban dirigidos a la protección de derechos subjetivos de muy diversa naturaleza (a menudo la posesión y la propiedad, aunque también en ocasiones el derecho de crédito, etc.). Por el contrario, de lo que hablamos ahora de de tutela inhibitoria *contra daños*, contra el específico interés de indemnidad. Y aquí radica la (relativa) novedad de la materia: prevenir el daño futuro en forma atípica, a través de un instrumento genérico.

⁶⁹ Si con el resarcimiento del daño no se elimina una lesión consumada, ni se impide una nueva lesión, sino que se persigue una finalidad reparadora, se trata de crear una nueva situación que reequilibre el orden jurídico turbado por el daño (ROTONDI, “Dalla *lex Aquilia* all’art. 1151 cod.civ. Ricerche storico-dogmatiche”, en *Riv.Dir.Comm.*, 1916, pág. 956), con la tutela inhibitoria se trata de conservar y proteger una situación jurídica. *Vid. PIETROBON, op. cit.*, pág. 12.

⁷⁰ Con claridad meridiana lo expone VINEY, *Introduction à la responsabilité*, en *Traité de Droit Civil*, dir. GUESTIN, 2^a ed., Paris, 1995, págs. 8 y ss.

⁷¹ En efecto, en materia de responsabilidad civil la codificación abre una clara escisión entre el modelo francés, que incorpora al *Code* un genérico artículo 1382 basado en la atypicalidad del ilícito (o, si se prefiere, del acto lesivo), y el modelo alemán elaborado por la pandectística e incorporado al parágrafo 823.1 del BGB, que consagra según la mayoría de la doctrina la tipicidad del ilícito, conforme a la tradición romana. En los países de *common law* se produce una evolución parecida, desde el sistema originario carente de un principio general de responsabilidad y basado en una pluralidad de remedios (*trespass, nuisance, conversion, deceit, assault*, etc.), hasta la expansión del genérico *tort of negligence* a partir de finales del siglo XIX. Sobre el tema, y a propósito de la “tipicidad y atypicalidad del hecho ilícito”, puede verse FERRARI, “La contraposición entre los modelos francés y alemán”, y GALLO, “Tipicidad y atypicalidad del ilícito civil en *Common Law*”, en GALGANO (Coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, trad. esp. GONZÁLEZ CAMPOS-VERDERA SERVER, Fund. Cultural del Notariado, Madrid, 2000, págs. 243 y ss. y 262 y ss.

⁷² Sobre atypicalidad de la tutela civil inhibitoria y, como veremos, en otros muchos aspectos de la misma, es clave la obra de RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Cedam, Padova, 1987. *Vid.* págs. 96 y ss.

2.5.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y COMPARADOS DE LA TUTELA CIVIL INHIBITORIA ATÍPICA.

Ese proceso de generalización hacia una doctrina atípica de la tutela civil inhibitoria se inicia en Alemania ya desde principios del siglo XX, al constatar que la acción inhibitoria (*Unterlassungsklage*) constituye el instrumento idóneo para alcanzar los objetivos preventivos del ordenamiento⁷³. Y se ha elaborado por vía jurisprudencial a partir del parágrafo 1004 del BGB, que contempla la acción negatoria del propietario, para extenderse a toda amenaza de daño⁷⁴.

Sin embargo, es el ordenamiento inglés hacia el que han mirado todos los intentos de construcción de una tutela inhibitoria atípica. Y especialmente al “remedio” o institución de la *injunction*. En *common law*, y como en nuestra responsabilidad civil, el *tort* también gira fundamentalmente en torno al daño y su resarcimiento. Sin embargo, tempranamente⁷⁵ se pone de manifiesto la insuficiencia de tal remedio para dar plena satisfacción a las exigencias del perjudicado, y comienza a abrirse camino la *injunction*, un remedio en *equity*, pronunciado por una *court of equity*⁷⁶, que goza de amplio margen discrecional. Frente a la *liability rule*, tendente al resarcimiento del daño ya irrogado, la *injunction* toma como punto de partida (igual sucede con la inhibitoria en nuestro Derecho) la *property rule*, que ya no protege preventivamente sólo la propiedad y los “bienes materiales”⁷⁷, sino que se extiende a la tutela de cualesquiera intereses y derechos⁷⁸.

Consiste la *injunction* en una orden, dirigida a un sujeto, capaz de evitar la consumación de un daño amenazante, ya mediante un “abstenerse”, un “no hacer” (*prohibitory injunction*), ya mediante un “hacer” (*mandatory injunction*), según las exigencias del caso⁷⁹. Tanto su contenido concreto como su misma procedencia están al

⁷³ ELTZBACHER, *Die Unterlassungsklage. Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes*, Vahlen, Berlin, 1906, pág. 1. *Vid.* también HEINZE, *Rechtsnachfolge in Unterlassen*, Mohr, Tübingen, 1974, págs. 11 y ss. y la amplia bibliografía allí citada.

⁷⁴ Ese recorrido jurisprudencial y doctrinal ha sido estudiado en profundidad por RAPISARDA, *op. cit.*, págs. 98 y ss. También se refiere al mismo PIETROBON, *op. cit.*, págs. 19-21.

⁷⁵ Es viejo el dictado de COKE, según el cual *preventive justice excelleth punishing justice*. Y resulta conocida la crítica al “formalismo, tecnicismo y arbitrariedad” del *common law*, y la exigencia de un nuevo procedimiento basado en la *equity*, que a propósito de la implantación de un nuevo Código de procedimiento en el Estado de Nueva York, formularía el procesalista americano POMEROY, *Remedies and remedial rights*, Boston, 1876. Para conocer en profundidad el nacimiento y desarrollo histórico de la *injunction* como manifestación paradigmática de la *property rule*, *vid.* MATTEI, U., *Tutela inhibitoria e tutela risarcitoria*, Giuffré, Milano, 1987, págs. 139 y ss.

⁷⁶ STANTON, *The Modern Law of Tort*, London, 1994, págs. 144 y ss.; STREET, *On Torts*, 8^a ed. London, 1988, pág. 475; PIETROBON, *op. cit.*, págs. 13 y ss. Obsérvese cómo sucede lo mismo en el ámbito de la responsabilidad contractual, donde el *common law* era incapaz de obtener la ejecución forzosa o cumplimiento específico de la obligación incumplida, y es en *equity* donde se abre paso la *specific performance*, como explicaba detenidamente y con abundante bibliografía monográfica en LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, págs. 83, 216 y 247.

⁷⁷ La *nuisance* y el *trespass*, como formas de daños contra la propiedad, son conceptos paulatinamente extendidos a toda otras especies de perjuicios, y acaban protegiéndose mediante la *injunction*. *Vid.* FLEMING, J.G., *An introduction to the Law of Torts*, Clarendon Press, Oxford, 1985, págs. 184-185 y 190. En efecto, frente a la *nuisance*, el demandante puede elegir entre tres remedios: *damages*, *injunction* y *abatement* (una especie de “autosatisfacción”), pero es la *injunction* la única que permite evitar el daño. *Vid.* DIAS-MARKESINIS, *Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1984, págs. 247 y ss.; DOBBYN, J., *Injunctions*, St.Paul, Min., 1974, *passim*.

⁷⁸ FISS, O., *Injunctions*, New York, 1973, pág. 2; MATTEI, U., *op. cit.*, pág. 118.

⁷⁹ STANTON, *op. cit.*, pág. 154; BAKER-LANGAN, *Snell's principles of equity*, Sweet&Maxwell, London, 1982, pág. 625: “*an injunction restraining the doing or continuance of some wrongful act is called*

alcance de un amplísimo arbitrio judicial, de forma que su atipicidad resulta máxima por venir aplicándose a los supuestos más diversos, a diferencia de lo que sucede con la tutela inhibitoria en los ordenamientos continentales, donde se circunscribe a unas cuantas hipótesis típicas⁸⁰. Buena prueba de su pura finalidad preventiva, absolutamente ajena a toda idea de resarcimiento, es que el demandado puede evitar la *injunction*, si presta un *undertaking*, es decir, el compromiso de abstenerse de los actos temidos por el actor, e incluso de dar noticia a éste de los actos necesarios para la evitación del daño amenazante⁸¹. Por lo demás, su característica más específica y diferencial respecto de la tutela inhibitoria, es su fundamento en un poder sustancial del juez, en el sentido de que éste puede “crear” una regla jurídica mediante la *injunction*, a partir de la costumbre o de la razón⁸².

En Francia, la *injunction* también ha sido objeto de una amplia aplicación a numerosos supuestos, que la doctrina ha venido configurando más como “reparación del daño futuro” que como prevención-evitación del daño amenazante⁸³, lo que tiene más justificación en casos como la demolición de un muro o la destrucción de ejemplares de un libro, que en otros claramente preventivos, como la obligación de adoptar silenciadores, instalar depuradoras de humos o la prohibición a un comunero de que los clientes del restaurante pasen por el patio común. Su fundamento no puede, naturalmente, justificarse ya en el poder discrecional del juez, como en el Derecho angloamericano. Se deduce, por ello, de diversas justificaciones: los principios generales del Derecho, la exigencia de justicia, argumentos de orden procesal, el instituto consuetudinario de las *astreintes*⁸⁴, etc. Pero sobre todo, es el sentido práctico (o común, si se prefiere) el que imbrica la *injunction* en la propia prerrogativa judicial de condenar al resarcimiento, como magníficamente expresan Mazeaud-Chabas: “*Le législateur l'a chargé (al juez, se entiende) de la réparation des dommages et pour cette mission il lui a laissé les mains libres. Singulière conceptions que celle qui veut faire du juge une machine à chiffrer les dommages, sans lui laisser le droit de réparer autrement qu'en faisant payer!*”⁸⁵.

En Italia, sobre tales antecedentes comparados y la base que proporcionan los numerosos supuestos de tutela inhibitoria típica, tremadamente semejantes a los del ordenamiento español (tutela de aspectos concretos de la esfera personal del individuo, formas de propiedad estática, posición de la empresa en el mercado, etc.)⁸⁶, se ha formulado hace años ya una doctrina de la tutela inhibitoria atípica. Se afirma que no existen obstáculos para su admisión, una vez verificada la existencia de una noción de

prohibitory or restrictive. An injunction to restrain the continuance of some wrongful omission is called mandatory”.

⁸⁰ FRIGNANI, A., *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffré, Milano, 1974, pág. 241; MATTEI, *op. cit.*, pág. 257.

⁸¹ BAKER-LANGAN: “*If the defendant gives an undertaking to the court to abstain from de acts of which the plaintiff complains, or even to give sufficient notice before attempting to act, an injunction may be refused. Such an undertaking is equivalent to an injunction, and a breach may be punished in the same ways as a breach of an injunction*” (*op. cit.*, pág. 633).

⁸² PIETROBON, *op. cit.*, págs. 16-17.

⁸³ MAZEAUD-CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilidad civil*, III, 6^a ed., Paris, 1978, págs. 273 y ss.

⁸⁴ CHABAS, F., *La reforme de l'astreinte*, Paris, 1972.

⁸⁵ MAZEAUD-CHABAS, *op. cit.*, pág. 623.

⁸⁶ RAPISARDA, *op. cit.*, págs. 82 y ss.

antijuricidad independiente del daño, a la luz de los principios inspiradores de la tutela jurisdiccional de los derechos⁸⁷.

Por lo demás, también existe una incipiente pero rigurosa doctrina de la tutela inhibitoria atípica en Brasil⁸⁸ y en Argentina⁸⁹. Hasta el punto de que, en el último país mencionado, el Proyecto de Código civil de 1998, actualmente en fase de tramitación parlamentaria, prevé específicamente la facultad jurisdiccional de disponer, conforme a las circunstancias, las medidas tendentes a evitar la producción de daño futuro⁹⁰.

En términos históricos, es ineludible recordar aquí la *cautio damni infecti*, conocida menos rigurosamente como *stipulatio damni non facti*, cuyo rastro en realidad se pierde en los Códigos civiles, volcados en las ideas de culpa y resarcimiento⁹¹. Consiste en una promesa que el pretor obligaba a prestar al propietario de un inmueble, a instancia de un vecino que tiene fundadas razones para temer que se va a producir un daño, imponiéndole el deber de repararlo en caso de que llegue a producirse⁹². Temor que no se reduce a la ruina del edificio (*vitio aedium*), sino que se extiende a toda actividad del vecino en ejercicio legítimo de su derecho (*vitio operis*), tanto sobre su fundo (*facere in suo*), como sobre el del reclamante, por ejemplo a título de servidumbre (*facere in alieno*), o sobre suelo público (*facere in publico*)⁹³.

A primera vista, por tanto, en la *cautio damni infecti* la prevención del daño se realiza mediante la “amenaza de la indemnización”, dando lugar a la función preventiva

⁸⁷ Para la materia, es clave la obra que venimos citando de RAPISARDA, especialmente sus págs. 236 y ss. Sin olvidar las de DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffré, Milano, 1982, págs. 8, 9, 60 y ss.; MATTEI, *op. cit.*, *passim* (con extensa referencia al análisis económico y al ordenamiento de EEUU); LIBERTINI, M., “La tutela civile inhibitoria”, en *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989, págs. 315 y ss.; MONTESANO, L., “Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti”, en *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.*, 1995, págs. 775 y ss.; PIETROBON, *op. cit.*, *passim*; MONTESANO, L., “Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti”, en *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.*, 1995, págs. 775 y ss.

⁸⁸ La obra de referencia es una amplia y fundamentada monografía de MARIONI, L.G., *Tutela Inhibitoria (Individual e Coletiva)*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, con numerosas citas de la bibliografía italiana que venimos citando.

⁸⁹ Además del trabajo de LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria” ya citado, puede verse STIGLITZ, R.A., *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*”, Platense, La Plata, 1986; ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., “La tutela inhibitoria contra daños”, *Responsabilidad civil y seguros*, 1999, págs. 1 y ss.; NICOLAU, N.L., “La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional”, *La Ley* (arg.), 1996, págs. 1245 y ss.; SEGUÍ, A., *Prevención de los daños. El proyecto de código civil de 1998*, en www.alterini.org.

⁹⁰ La Exposición de Motivos (nº 262) se pronuncia en los siguientes términos, después de defender la bonanza de los mecanismos preventivos frente a los resarcitorios: “En el Proyecto, la prevención tiene lugar relevante, desde tres puntos de vista: la asignación de virtualidades a las medidas técnicas para la evitación del daño, los mecanismos tendentes a instalarla y la tutela inhibitoria. Se prevé, por lo pronto, que toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella, de evitar causar un daño no justificado; de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; y de no agravar el daño, si ya se ha producido”.

⁹¹ Los artículos 698 y 699 del primitivo Código italiano mencionaban una “caución de daño temido” que carecía de correspondencia en el resto de los códigos, y se criticaba por su antinomia con los preceptos que establecían la responsabilidad por ruina. *Vid.* BONFANTE, *op. cit.*, pág. 97, y la extensa nota 39.

⁹² *Vid.* por todos, BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel Diritto Romano*, Cedam, Padova, 1937; *Id.*, “Sulla terminología *actio damni infecti*”, en *Studi in memoria di Ratti*, Milano, 1934, págs. 160 y ss.; JIMÉNEZ SALCEDO, M.C., *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en el Derecho romano*, Publ.Univ.Córdoba, 1999, págs. 216 y ss.;

⁹³ BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad*, trad. y concord. GARCÍA VALDECASAS, Reus, Madrid, 1932, págs. 85 y ss.

de la tutela resarcitoria que acabamos de criticar. Pero si se profundiza en la figura y sus consecuencias, la conclusión es bien distinta⁹⁴: En efecto, ante una primera negativa a prestar la caución, se producía la *missio in possessionem* para poner al demandante en posesión de la finca o casa amenazante, con facultad de realizar las reparaciones u obras tendentes a la evitación del daño, lo que nada tiene que ver con el resarcimiento; y si la negativa persiste, *ex secundo decreto* se acababa otorgando la propiedad al demandante. Es más, en los supuestos de *vitium operis*, en los que era imposible recurrir a la *missio in possessionem*, pues no van referidos necesariamente a un fundo, sino a un *facere* o un *immittere in alieno*, la opción que se otorgaba al que teme verse perjudicado por la realización de tal actividad, es ejercer el *ius prohibendi*, es decir, impedir que tal actividad se lleve a cabo⁹⁵. Pura y dura tutela inhibitoria, donde el resarcimiento no aparece por ninguna parte.

2.6.- CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CONFIGURACIÓN ATÍPICA, UNITARIA Y AUTÓNOMA DE LA TUTELA CIVIL INHIBITORIA.

A partir de las anteriores bases, podemos definir la inhibitoria como una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado.

Dicho de otro modo, se trata de una acción dirigida a hacer cesar un estado actual de cosas que necesariamente ha de conducir a una futura lesión; acción que pretende, sobre todo, obtener que una persona desista de un determinado comportamiento, o lo modifique⁹⁶. Y ello de manera atípica, sin necesidad de acudir a ninguno de los instrumentos legalmente tipificados, a menudo dirigidos sólo a proteger la posesión o la propiedad, mediante un proceso de generalización basado en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico⁹⁷. Y a través de una figura unitaria, configurada por unos requisitos, efectos y límites generales y comunes a todos los supuestos de hecho mencionados.

Esa finalidad preventiva encaminada a frenar o detener el curso causal de unos acontecimientos abocados a la generación del daño, puede conseguirse, según los casos, como sucede con la *injunction*, mediante un mandato de hacer o de no hacer⁹⁸ (*mandatory o prohibitory injunction*), lo que permite hablar de una tutela inhibitoria positiva o negativa. Lo que supone, por una parte, que la orden no necesariamente siempre consiste en un “abstenerse de un comportamiento ilícito” o una orden de no

⁹⁴ Acerca de la naturaleza jurídica de la *cautio damni infecti* existen opiniones encontradas entre los romanistas. Mientras BURCKHARD (*Commentario alle Pandette de Gluck*, IX, Milano, 1906, págs. 70 y ss.) la identifica con el reconocimiento de un derecho del vecino temeroso del daño a reparar el mismo la obra amenazante, con derecho a reembolso, SCIALOJA (*Teoria della proprietà nel Diritto Romano*, I, Roma, 1928, págs. 389 y ss.) se inclina por un *ius retentionis* de los materiales ruinosos caídos sobre el fundo del demandante. Sin embargo, BRANCA entiende que se trata de un medio preventivo dirigido a evitar el daño y a garantizar la responsabilidad derivada del mismo antes de que se verificase (*Danno temuto...*, *cit.*, págs. 5 y ss.). *Vid.* JIMÉNEZ SALCEDO, *op. cit.*, pág. 217.

⁹⁵ JIMÉNEZ SALCEDO, *op. cit.*, págs. 224-225.

⁹⁶ BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Giuffré, Milano, 1964, pág. 429.

⁹⁷ RAPISARDA, *op. cit.*, pág. 78.

⁹⁸ Mandatos de “no innovar” y “de innovar”, los denomina LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, *cit.*, pág. 1224.

hacer, como la configuró cierta doctrina italiana⁹⁹. Y por otra, que en estricta teoría general de obligaciones, lo que se pide al juez con la inhibitoria es la imposición de una obligación de hacer o de no hacer, con todas las consecuencias que ello conlleva en orden al cumplimiento (forzoso, por equivalente, etc.) e incumplimiento de una y otra categoría¹⁰⁰.

Así, mientras la tutela resarcitoria consiste, casi siempre, en la sustitución del derecho o bien jurídico lesionado por un derecho de crédito indemnizatorio (obligación de dar, en definitiva), la inhibitoria carece de ese carácter subrogatorio y se destina a garantizar la integridad del derecho mismo¹⁰¹, mediante obligaciones de hacer o no hacer. Mientras la primera mira al pasado, la segunda se proyecta hacia el futuro, independientemente de que, entre sus presupuestos de probabilidad, se requiera o no una violación ya irrogada, o se haya iniciado ya el daño continuado¹⁰².

Tal obligación de hacer o no hacer puede perfectamente existir con anterioridad a la petición del demandante, en virtud de una fuente legal o contractual¹⁰³, o ser creada *ad hoc* por el juez. En este segundo caso, es preciso fundamentar su nacimiento en una de las fuentes del artículo 1089 CC, que desde luego no contempla las resoluciones judiciales como fuente obligatoria. Sin embargo, ello no parece un grave escollo, existiendo dos posibilidades:

- A menudo cabe acudir a la base típica de alguno de los supuestos legalmente previstos a los que seguidamente aludimos.

- De forma atípica, el razonamiento de los epígrafes anteriores permite entender que “los actos y omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia” no sólo fundamentan el nacimiento de la obligación de resarcir, sino también de la obligación de impedir la causación del daño. Interpretación que, además, cuenta con el importante apoyo hermenéutico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

Frecuentemente han sido procesalistas quienes se han ocupado de la tutela inhibitoria¹⁰⁴. Quizá por este motivo se suele confundir tutela inhibitoria con tutela cautelar, confiriendo a la institución un carácter exclusivamente procesal¹⁰⁵, lo que es un

⁹⁹ Por ejemplo, BIANCA, C.M., *Diritto Civile*, t.5, Giuffré, Milano, 1994, pág. 781. Sin embargo, en su estudio comparativo entre la *injunction* angloamericana y la inhibitoria italiana, FRIGNANI se muestra favorable a identificar ésta tanto con un no hacer como con un hacer (*op. cit.*, pág. 459). En efecto, no vemos la razón para inadmitir la inhibitoria de contenido positivo, como señala MARIONI, *op. cit.*, pág. 101.

¹⁰⁰ Para el tema puede verse LLAMAS POMBO, “Comentario a los artículos 1098 y 1099 del CC”, en *Jurisprudencia civil comentada*, coord. M. PASQUAU, Comares, Granada, 2000, págs. 1796 y ss.; y también todo el capítulo 6º de mi *Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, págs. 211 a 281.

¹⁰¹ MARIONI, *op. cit.*, pág. 28.

¹⁰² RAPISARDA, *op. cit.*, pág. 140.

¹⁰³ LORENZETTI, *loc.ult. cit.*

¹⁰⁴ Las monografías que venimos citando de RAPISARDA y MARIONI están concebidas desde planteamientos estrictamente procesales, incluso reclamando la estructuración de un procedimiento autónomo a tal efecto. Y en Argentina, ha sido sobre todo la perspectiva procesalista la que predominado en el estudio de la materia: v.gr., ANDORNO, L.O., “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano”, en *Jurisprudencia Argentina*, II, 1995, págs. 887 y ss.; DE LAZZARI, E.N., “La cautela material”, en *Jurisprudencia Argentina*, IV-1996, págs. 651 y ss.; PEYRANO, J.W., *Medida cautelar innovativa*, Depalma, Buenos Aires, 1981; *idem*, “El mandato preventivo”, *La Ley* (Arg.), 1991, págs. 1276 y ss.; *idem*, “Vademécum de las medidas autosatisfactivas”, *La Ley* (Arg.), II, 1996, págs. 709 y ss.

¹⁰⁵ Así lo observa agudamente LORENZETTI, “La tutela...”, *cit.*, pág. 1223.

grave error. Ciertamente, es posible poner en marcha la tutela inhibitoria a través de las medidas cautelares, que con tan amplio ámbito de incidencia contemplan los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, cuando la amenaza del daño sea de tal naturaleza que exija una actuación urgente. Inhibición que encuentra su específica aplicación en la medida que contempla el ordinal 7º del artículo 727 de citada Ley: “la orden judicial de *cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar* en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”. Es la que podría denominarse “tutela inhibitoria cautelar”.

Pero ello no impide la existencia de una “tutela inhibitoria definitiva”, tramitada en juicio declarativo, y basada no tanto en el *periculum in mora* y la urgencia de la situación, como en la realidad de la amenaza del daño. En suma, quien teme fundamentalmente el perjuicio instará en juicio ordinario la tutela inhibitoria definitiva; y cuando además el daño futuro sea inminente, solicitará por vía cautelar la adopción de las medidas urgentes precisas para evitar que la sentencia definitiva llegue demasiado tarde.

2.7.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE TUTELA INHIBITORIA TÍPICA.

Como venimos repitiendo, en nuestro ordenamiento jurídico abundan las disposiciones legales que facultan a los tribunales para conceder la tutela inhibitoria a quien teme fundamentalmente la irrogación de un daño. No es el estudio de estos supuestos sobre el que radica el presente trabajo, centrado justamente en la formulación de una tutela inhibitoria atípica, susceptible de aplicación genérica a la amenaza de todo tipo de daños, siempre que se cumplan ciertos requisitos. Sin embargo, contemplados en conjunto demuestran que la figura está presente en nuestro ordenamiento y no es una propuesta insólita o extraña a su tradición jurídica. Baste recordar algunos a título de ejemplo¹⁰⁶:

a) La *tutela interdictal de la posesión*, tan arraigada en nuestro Derecho, y hoy diluida entre los supuestos sometidos al procedimiento de juicio verbal por razón de la materia en el artículo 250.1.3º, 4º, 5º y 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene con frecuencia carácter inhibitorio. Tutela que tiene carácter positivo, por ejemplo, en el viejo interdicto de obra ruinosa que contempla el citado ordinal 6º: demoler o derribar una obra, edificio, árbol, columna u otro objeto en estado de ruina “que amenace causar daños a quien demande”. Y que, en el caso del interdicto de retener, perfectamente puede dirigirse a la evitación de daños, no sólo sobre los bienes mismos, sino sobre “el disfrute de un derecho” (artículo 430 CC), como hace tiempo ha reclamado la doctrina y cierta jurisprudencia¹⁰⁷. Obsérvese que se trata de una tutela “sumaria”, según el precepto, pero no “cautelar”, en la medida en que se obtiene a través de un juicio declarativo (el juicio verbal), con independencia de que la demanda pueda venir acompañada por una solicitud de medidas cautelares.

¹⁰⁶ A los expresamente mencionados, todos ellos de carácter general, cabría añadir un sinfín de supuestos puntuales dispersos: desde el secuestro de publicaciones acordado por resolución judicial que permite el artículo 20.5 de la Constitución, hasta la legislación de patentes y marcas, propiedad intelectual, etc.

¹⁰⁷ *Vid.* ALONSO PÉREZ, M., “La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Cívitas, Madrid, 1996, págs. 4802 y ss. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 797.

b) La *acción negatoria* es, sin duda, la forma más genérica y atípica de tutela inhibitoria que conoce el ordenamiento. Es hoy bien sabido¹⁰⁸ que la acción negatoria nunca estuvo circunscrita sólo a la protección del propietario frente a quien alegara, sin derecho a ello, que la propiedad en cuestión estaba gravada con un derecho real del que sería titular el demandado. La negatoria puede utilizarse también, en palabras de Alonso Pérez “para alejar o rechazar cualquier perturbación ilegítima...e inmisiones molestas y nocivas más allá de lo permitido por el criterio de la tolerancia normal”¹⁰⁹, es decir, para evitar la irrogación de un daño, y no sólo en el derecho de propiedad. Acción que, en este caso, tiene una triple función: *conminatoria*, para cesar la perturbación o poner fin a la inmisión (pura tutela inhibitoria, por tanto); *cautelar*, para adoptar medidas precautorias que eviten la reaparición de nuevas inmisiones en el futuro (o sea, tutela inhibitoria otra vez); y *reparatoria*, consistente en la tutela resarcitoria propia de la responsabilidad civil. Funciones que operan a través de una doble acción “de abstención” y “de cesación”¹¹⁰. Tan importante utilidad de la acción negatoria ha provocado en el último decenio una atención extraordinaria en la doctrina civilista¹¹¹ y ha llegado a tener importantes reflejos legislativos recientes¹¹², que extienden dicha acción a lesiones que exceden ya no sólo a la mera *negatoria servitutis*, sino incluso a la defensa contra inmisiones, para aproximarla a la protección de los derechos de la personalidad, marcas, etc.

c) La protección contra *el abuso del derecho* que contempla el artículo 7.2 CC tiene también, junto al inevitable aspecto resarcitorio (“dará lugar a la correspondiente

¹⁰⁸ Así se ha encargado de demostrarlo sabiamente, con amplias citas de IHERING y BONFANTE, ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, págs. 4797 y ss. *Vid.* también MATTEI, *op. cit.*, pág. 249.

¹⁰⁹ ALONSO PÉREZ, *loc. cit.*, a quien seguimos en este apartado.

¹¹⁰ *Vid.* AMAT LLARI, “La regulación de las inmisiones en el CC”, en *Centenario del Código Civil*, vol.I, Madrid, 1990, págs. 85 y ss.; SALVADOR CODERCH-SANTDIUMENGE FARRÉ, “La acción negatoria”, en *Poder Judicial*, nº10, 1988, pág. 123.

¹¹¹ Así, monográficamente, SALVADOR CODERCH-SANTDIUMENGE FARRÉ, *op. cit.*, págs. 117 y ss.; AMAT LLARI, *op. cit.*, págs. 74 y ss.; MARTÍN-BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Tecnos, Madrid, 1993; PARRA LUCÁN, “La defensa civil frente a las inmisiones: la acción negatoria de los artículos 590 del CC y 305 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana”, en *Aranzadi Civil*, mayo 1993, págs. 9 y ss.; EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Pons, Madrid, 1994; NIETO ALONSO, A., “La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente”, en *Actualidad Civil*, 2001, págs. 1591 y ss.

¹¹² Así, junto al artículo 590 CC, que desde siempre ha permitido tomar “las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos”, en una clara tutela preventiva (*vid.* ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 4788; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, págs. 31 y ss., con profusa cita de jurisprudencia), y otras disposiciones que menciona AMAT LLARI, como la Ley 367.1 Compilación Navarra, Ley de Aguas, Ley del Suelo de 1992, etc., (*op. cit.*, págs. 85 y ss.), aparece la acción negatoria en la Ley Catalana 13/1990, de 9 julio, “de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad”, que introduce una acción negatoria de contenido sumamente amplio. Sobre la misma, puede verse, además de la aguda crítica en el mencionado trabajo de ALONSO PÉREZ, págs. 4800 y ss., la obra ya citada de EGEA FERNÁNDEZ, *passim*; y GARRIDO MELERO, “Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña”, en *R.C.D.I.*, 1992, págs. 1551 y ss.

Junto a tales leyes, también aparece una suerte de acción negatoria en la acción de cesación que contempla el artículo 7.2º de la Ley de Propiedad Horizontal tras su reforma por Ley 8/1999, sobre el que puede verse el minucioso y documentado trabajo de MACÍAS CASTILLO, “La acción de cesación en la Ley de Propiedad Horizontal”, en *El Consultor Inmobiliario*, Enero 2001, págs. 16 y ss. Y no puede olvidarse el artículo 9.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Honor, la Intimidad personal y familiar y la Propia imagen, donde igualmente se faculta al juez para “la adopción de 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”, como medidas absolutamente diferenciadas de la “condena a indemnizar los daños y perjuicios causados”.

indemnización”), un marcado carácter inhibitorio, cuando conlleva la adopción de “las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso”.

d) En ausencia de un precepto genérico que consagre la tutela inhibitoria atípica, la jurisprudencia acostumbra a imponer la adopción de *medidas preventivas del daño, como consecuencia de la responsabilidad civil*, lo que aproxima tal tutela a una suerte de forma de resarcimiento, que a menudo consiste en la paralización de la actividad causante de los perjuicios¹¹³.

Es lo que en ocasiones se ha denominado “el *enmascaramiento de la acción negatoria* bajo los postulados de la responsabilidad extracontractual”¹¹⁴, una constante en las inmisiones vecinales, y que el Tribunal Supremo justifica apoyándose en el carácter antijurídico del fenómeno inmisorio que, como tal, obliga al juez a no permanecer impasible ante un ilícito que amenaza con perdurar en el tiempo y que se presenta como actual en el momento en que conoce del mismo¹¹⁵. Lo que sucede es que tal absorción de la acción de cesación o inhibitoria por la de resarcimiento de daños, tan útil en la práctica, no deja de ser una evidente incorrección teórica¹¹⁶, según venimos defendiendo. Y además, en aras de la finalidad preventiva que aquí nos preocupa, entraña una importante limitación: sólo puede operar cuando ya ha existido un daño (que amenaza con continuar o repetirse), nunca frente a un daño amenazante no consumado.

e) La LEC 1/2000 también ha venido a introducir numerosos supuestos de verdadera tutela inhibitoria. Muy especialmente en el caso de las acciones de cesación frente a las cláusulas abusivas, que ya inauguró la Ley de Condiciones Generales de la Contratación; y sobre todo a partir de la Ley 39/2002, que introdujo significativos cambios en aquella LEC a propósito de las acciones colectivas de cesación. La acción

¹¹³ AMAT LLARI considera que sólo en dos supuestos puntuales el juez civil debe abstenerse de decretar la paralización de la actividad inmisoria, a saber: a) cuando exista la posibilidad de aplicar medidas correctoras que eviten el daño, y b) cuando, pese a no existir medidas que puedan impedir el daño, la actividad sea considerada de una importancia vital para la sociedad (“Comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1.989”, en *CCJC*, 1.989, pág. 456). Sobre el tema, y a propósito de la utilización de la “acción de daños como acción dominical” en caso de inmisiones, puede verse también PARRA LUCÁN, *op. cit.*, págs. 23 y ss.; y con expresa referencia a la famosísima STS 3 diciembre 1987, SALVADOR CODERCH-SANTDIUMENGE FARRÉ, *op. cit., passim*, y ALONSO PÉREZ, M., “Comentario a la STS 3 diciembre 1987”, en *CCJC*, nº 15, págs. 5255 y ss.

¹¹⁴ LLAMAS POMBO-MACÍAS CASTILLO, “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, en *Actualidad Civil*, 1998, págs. 1061 y ss.

¹¹⁵ La mayoría de supuestos de inmisiones ilícitas que han llegado al T.S. han abundado en este criterio. Así, por ejemplo, SSTS 23 junio 1.913 (CL 1913\136), 23 diciembre 1.952 (RJ 1952\2673): “(...) al condenar a la demandada a que ponga término inmediato a las causas productoras de esos daños, porque esto es una consecuencia lógica y legal de la reclamación contra un acto antijurídico(...) una vez que se ha reclamado contra él ante los Tribunales no pueden éstos permitir que tal perjuicio siga produciéndose, (...)”, 5 abril 1.960 (RJ 1960\1670), 14 mayo 1.963 (RJ 1963\2699), 12 diciembre 1.980 (RJ 1980\4747), 17 marzo 1.981 (RJ 1981\1009), 23 septiembre 1.988 (RJ 1988\6853), 16 enero 1.989 (RJ 1989\101), 15 marzo 1.993 (RJ 1993\2284), 14 noviembre 1.996 (AC 1.997 @209).

¹¹⁶ FERNÁNDEZ URQUIANIZI enumera las notas que caracterizan esta confusión o enmascaramiento: a) la ordinaria vinculación de las medidas precautorias o correctoras de inmisiones al resarcimiento en forma específica más que a la genérica tutela vecinal, b) la imposición judicial de medidas correctoras como efecto de la responsabilidad civil extracontractual en procesos en que se demandaba únicamente su adopción, sin pretensión indemnizatoria alguna, al amparo del art. 1.902 C.C., c) la desestimación conjunta de la demanda dirigida a la indemnización de daños y al cierre de la instalación que los genera ante la improcedencia de la acción aquiliana (“Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho Civil común y foral” en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. IX, Madrid, 1.994, pág. 163).

de cesación va dirigida a obtener la condena del predisponente a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Se trata, por tanto, en realidad de una acción de naturaleza mixta, donde se obtiene, primero, la declaración de nulidad de la cláusula (acción declarativa) basada en el control de contenido de la misma, y seguidamente, el mandato judicial inhibitorio, para que se elimine del clausulado y no se siga utilizando en lo sucesivo (acción de condena).

La acción de cesación, aunque con carácter individual y no colectivo, también se contempla expresamente en el artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal¹¹⁷, como dirigida a obtener el cese de los actos constitutivos de competencia desleal. Pero a su lado, se menciona una “acción de prohibición” si ese acto “todavía no se ha puesto en práctica”. Constituye éste un evidente supuesto de tutela inhibitoria del daño potencialmente derivado de los comportamientos y prácticas constitutivos de deslealtad comercial. Es muy destacable la perfección técnica de este precepto, donde se contemplan un total de seis posibles acciones (declarativa, de cesación, de remoción de efectos, de rectificación de informaciones, de resarcimiento de daños y perjuicios y, por último, de enriquecimiento injusto), entre las que se diferencian con toda claridad: a) las mencionadas acciones de cesación y prohibición: o sea, pura tutela inhibitoria del daño; b) la acción de resarcimiento de daños y perjuicios: la típica acción de responsabilidad civil absolutamente resarcitoria; y c) la acción de enriquecimiento injusto, que nada tiene que ver con una supuesta indemnización punitiva o algo parecido.

En aras de la celeridad ejecutiva de la sentencia, el artículo 711 LEC, a partir de la reciente Ley 39/2002, establece que la sentencia estimatoria de la acción de cesación impondrá una *multa coercitiva* que oscilará entre 600 y 60.000 euros, por cada día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Indudablemente, esta acción de cesación es de extraordinaria complejidad, pero de una eficacia e importancia inusitada en nuestro Derecho. Constituye, nada menos, la posibilidad de combatir los efectos perjudiciales de las cláusulas abusivas *antes de que los mismos se produzcan*. Así, frente a los remedios tradicionales que el Ordenamiento brindaba para la lucha contra la mala fe contractual y contra las estipulaciones oscuras o inicuas (declaración de nulidad *ex post facto*, interpretación *contra proferentem*, etc.), que siempre actuaban una vez puesta en marcha la eficacia del contrato, y a menudo, implicadas en un litigio relativo al cumplimiento-incumplimiento del mismo, se establece ahora la posibilidad de entablar una acción dirigida justamente a impedir que arranque dicha eficacia. Se trata, por ello, de un remedio preventivo que evita o impide la lesión de los intereses del consumidor, de

¹¹⁷ Puede encontrarse también en el artículo 63 de la Ley 11/1986, de Patentes y en el artículo 41 de la Ley 17/2001, de Marcas, ambas con el mismo carácter individual, y absolutamente independientes y diferentes de la acción indemnizatoria de daños y perjuicios. Es verdad que en ambas disposiciones se toma como uno de los posibles criterios para valorar el lucro cesante del perjudicado el importe de los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación, pero en este caso no existe confusión entre acción indemnizatoria y acción de enriquecimiento injusto, como en ocasiones ha criticado cierta doctrina (SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B, *op.cit*, pág. 139). Lo que existe en estos supuestos es más bien una presunción legal *iuris et de iure* según la cual todos los beneficios obtenidos por el infractor se han generado precisamente *a costa del lucro cesante* del titular del derecho infringido. En otras palabras, todo lo que ha ganado el infractor lo ha dejado de ganar el perjudicado; y eso sí es, indudablemente, daño, por la vía del lucro cesante.

indudables ventajas respecto de todos los remedios satisfactivos que *a posteriori* puedan establecerse para reparar la lesión ya producida¹¹⁸.

f) Aparecen también llenos de supuestos de tutela inhibitoria contra daños los artículos 139, y 141 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (R.D.Legislativo 1/1996, de 12 abril), que además han sufrido una importante modificación por obra de dos recientes normas: 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; y la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se reforma dicho Texto Refundido.

Así, el “cese de la actividad ilícita” a que se refiere el artículo 139, comprende, entre otras, las siguientes medidas perfectamente encuadrables en el campo de la tutela inhibitoria típica: La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora; la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida; la retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos; la remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica; el comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador; la remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquélla no fuera su único uso.

Y las medidas cautelares del artículo 141 también están plagadas de instrumentos inhibitorios cuyo único objetivo es prevenir y evitar daños futuros derivados de una infracción de la propiedad intelectual, y que, desde luego, nada tienen que ver con la indemnización de daños y perjuicios.

2.8.- REQUISITOS DE LA TUTELA CIVIL INHIBITORIA.

Es muy importante dejar bien claro que los requisitos o presupuestos de la tutela inhibitoria son absolutamente distintos de la tutela resarcitoria. Para empezar, como quiera que la inhibitoria no se dirige a la reparación del daño (o sea, la designación de quién y por qué ha de soportar las consecuencias del daño), sino a impedir la generación, continuación, agravamiento o repetición del daño, no es preciso plantearse los problemas de imputabilidad que desde siempre han rodeado a la responsabilidad civil¹¹⁹. Y naturalmente, no es preciso que se haya producido un daño efectivo, pues su

¹¹⁸ He estudiado con más detenimiento estas acciones colectivas en mi comentario al artículo 10.ter de la LGDCU, en *Comentarios a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, diez años después*, coord. LLAMAS POMBO, La Ley-INC, Madrid, 2005, págs. 145 y ss.

¹¹⁹ MARONI, *op. cit.*, pág. 26.

irrogación es percisamente lo que se trata de evitar con la tutela inhibitoria. Sin embargo, sí son imprescindibles los siguientes elementos:

a) Un daño amenazante, o sea, la previsión razonable de que va a lesionarse un determinado interés del demandante digno de protección, sea individual o difuso¹²⁰. Ello resultará de más fácil demostración cuando ya exista un primer daño irrogado, con probabilidad de agravamiento, repetición o continuación. Pero no necesariamente ha de ser así, y perfectamente podrá probarse también cuando no haya comenzado a producirse daño alguno¹²¹.

b) Un comportamiento antijurídico, en la medida en que sólo esa antijuricidad permite restringir la libertad del demandado en beneficio de la protección del interés del demandante¹²². Antijuricidad que se basa en la injusticia del daño amenazado, y que ha de valorarse de manera sustancial y no meramente formal, de manera que no puede contrarrestarse con una mera autorización administrativa, por ejemplo¹²³.

c) Una relación de causalidad entre ambos elementos. Es decir, ha de existir un “perjuicio causalmente previsible”¹²⁴, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada. El demandante ha de acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que, causalmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquélla.

d) Posibilidad material de evitar la causación del daño¹²⁵. Por obvio no deja de ser importante: es preciso que cumpliendo la obligación de hacer o no hacer en que consiste la inhibitoria, efectivamente sea posible frustrar ese curso causal que inicialmente conduciría a la generación del perjuicio. Si el daño ya se causó, sólo queda acudir a la tutela resarcitoria. Y si resulta ya inevitable su causación, ningún sentido tiene paralizar el comportamiento lesivo. En similar orden de ideas, también parece razonable excluir la viabilidad de la tutela inhibitoria cuando el cumplimiento de la obligación (de hacer o de no hacer) que tiene por objeto comportar gastos económicamente desproporcionados¹²⁶. Y no se trata de comparar el valor del daño que se trata de evitar con el de los gastos derivados de las medidas preventivas, como se desprendería de la mera aplicación economicista de la fórmula Learned-Hand: nada

¹²⁰ En efecto, hoy cabe incluir tanto los intereses simples como los difusos. Por todos, NIGRO, M., “Interessi di fatto, interessi semplici, interessi diffusi”, en *Il controllo sociale delle attività private*, Bolonia, 1977, pág. 73; LOZANO-HIGUERO Y PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.

¹²¹ Así, BARASSI rechazó la inhibitoria pura, o sea, la “puramente preventiva” que opera sin que previamente se haya producido ilícito alguno, por considerarla una excesiva limitación de la libertad humana (*op.cit.*, pág. 428). Más recientemente, sin embargo, RAPISARDA y la mayor parte de la doctrina que venimos citando admite tal inhibitoria en estado puro, no necesariamente basada en la previa existencia de un daño. Así se contempla también en el par. 1004 BGB y en el Derecho inglés, en este caso, bajo el nombre de *quia timet injunction*. Sobre el particular, puede verse MARIONI, *op. cit.*, págs. 41 y ss.; PIETROBON, *op. cit.*, pág. 146.

¹²² Con claridad lo explica DE CUPIS: “actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un peligro... y dirigirse contra un individuo para prevenir la causación de un daño temido, exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien puede imputarse el peligro” (*El daño*, trad. de la 2^a ed. italiana, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 575).

¹²³ ZAVALA, *op. cit.*, pág. 4.

¹²⁴ LORENZETTI, “La tutela...”, *cit.*, pág. 1223.

¹²⁵ ZAVALA, *loc. cit.*, donde se refiere más bien a “posibilidad material de detener la actividad”.

¹²⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, págs. 151 y ss.

impide ordenar una inhibitoria basada en medidas de coste superior al de los daños previsibles. Lo procedente es, más bien, valorar esas medidas en relación con la situación económica de la actividad amenazante, o en otras palabras, la viabilidad económica de tal actividad si se adoptasen tales medidas¹²⁷.

2.9.- ADDENDA: UN CASO DE TUTELA PREVENTIVA DEL DAÑO¹²⁸

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2004 viene pintiparada para ilustrar lo que decimos: sobre la base de una «acción de responsabilidad civil, en protección del medio ambiente» (*sicut*), un grupo de propietarios de fincas y de cabezas de ganado de Cantabria, reclaman frente a una empresa que venía produciendo una intensa contaminación por fluorosis, el cese de la emisión de productos contaminantes, paralizando la actividad emisora, o incluso la propia actividad industrial, además de una indemnización por daño moral y otra por la perturbación y demérito en las propiedades y en la cabaña ganadera. Y en efecto, la antecedente Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, luego confirmada por el Tribunal Supremo, condenó a la empresa emisora: 1.º) A cesar las emisiones contaminantes que sobrepasan los límites tolerados en la legislación vigente no sólo para la salud de la persona humana sino para evitar daños en los animales y en los bienes, procediendo en caso contrario al cese de la actividad industrial si esta fuera la única manera de evitar la producción de los perjuicios. 2.º) A indemnizar a los actores los perjuicios causados en su cabaña ganadera conforme a un procedimiento de cálculo que establecía en la fundamentación jurídica de la sentencia.

Es fácil apreciar que el primero de los pronunciamientos poco tiene que ver con «reparar el daño causado», único objeto de la responsabilidad civil a tenor del art. 1902 del Código Civil, pues «cesar en la actividad» no es «reparar» y, mucho menos, «indemnizar.» Y no lo es por mucho que se quiera argumentar para tal enmascaramiento de la tutela inhibitoria, que la primera medida que hay que tomar para reparar un daño, cuando es continuado, es dejar de producirlo. Es el razonamiento que hacía la famosa y ya antigua Sentencia del Tribunal Supremo relativa a la Central Térmica del Besós, y el que implícitamente se acepta también en este nuevo ejemplo, en un loable esfuerzo de buen sentido jurídico. Pero no deja de ser, en realidad, un nuevo aviso sobre la necesidad de formular en nuestro Derecho una explícita tutela inhibitoria del daño «fuera del armario», que no tiene nada que ocultar y no precisa enmascararse bajo el (mal encajado) disfraz de la responsabilidad civil.

¹²⁷ Seguimos aquí la opinión de EGEA FERNÁNDEZ, “Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente”, en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, coord. ESTEVE PARDO, Cívitas, Madrid, 1996, pág. 93.

¹²⁸ Editorial RPDD

3.- FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO¹²⁹

3.1.- PLANTEAMIENTO

El esquema [supuesto de hecho-consecuencia jurídica] de toda norma de responsabilidad es bien conocido: El *supuesto de hecho* se identifica por la situación en que un sujeto (la víctima) sufre un daño que es causalmente consecuente a la conducta activa u omisiva de otro (el responsable), que resulta imputable por razón de culpa, riesgo u otros elementos¹³⁰. Y la *consecuencia jurídica* es el nacimiento de una obligación, que consiste en “reparar el daño causado” para el artículo 1902 del CC o en “indemnizar los daños y perjuicios” para el artículo 1101 del CC. Se trata, por tanto, de una obligación que aparentemente habría que considerar como “típica” en cuanto a su objeto prestacional, identificado siempre con la *reparación* del daño.

Sin embargo, pese a lo que parece, y al menos respecto de su contenido prestacional, esa obligación de reparar no es precisamente típica. Por el contrario, la reparación puede consistir tanto en un *facere*, como en un *non facere*¹³¹ como en una prestación de dar, que a su vez puede tener contenido pecuniario o no. A menudo se toma el todo por la parte, y se identifica esa genérica obligación de reparar con esa específica obligación pecuniaria, denominada tradicionalmente *id quod interest*.

Además, tampoco existe un concepto legal de lo que es “reparar” o de lo que significa “indemnizar”, pues nada aclara ninguno de tales preceptos. Y aunque sí se refieren explícitamente al problema, tampoco resultan muy esclarecedores: a) Ni el artículo 110 del CP donde, como veremos más adelante, sí se esboza un intento de clasificar los distintos medios reparatorios: “1º) Restitución; 2º) reparación del daño; y 3º) indemnización de los perjuicios materiales y morales”. b) Ni el artículo 114.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, cuando señala que: “La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

Por otra parte, a diferencia de lo que acontece con el mencionado supuesto de hecho, que ha sido largamente estudiado por la doctrina y la jurisprudencia (hay ríos de tinta a propósito de los requisitos de la responsabilidad contractual y extracontractual, o sea, acerca de cómo surge la obligación de reparar), los contornos jurídicos de la consecuencia jurídica, o sea, en qué consiste esa obligación de reparar, no han merecido tanta atención, por lo que a menudo se presentan difusos, cuando no confusos. ¿Qué

¹²⁹ El presente trabajo forma parte de la obra *Sobre la responsabilidad civil y su valoración*, coord. Javier López García de la Serrana y Pedro Torrecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009, págs. 15 a 82.

¹³⁰ Esa concepción del daño como hecho jurídico, puede verse claramente en DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. esp. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 82 y 836. Entre nosotros, DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Cívitas, Madrid, 1993, pág. 79; ROCA TRIAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pág. 171.

¹³¹ En contra de esta posibilidad, YZQUIERDO TOLSADA. M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 480, donde “no alcanza a comprender” el esfuerzo de imaginación del legislador en el artículo 112 del Código Penal, cuando menciona las obligaciones de no hacer como formas de reparación, aunque a renglón seguido él mismo ofrece unos cuantos buenos ejemplos.

significa “reparar” el daño? ¿Es lo mismo reparar que indemnizar? ¿Existe una única “reparación” o caben distintos caminos, medios o formas de reparar? Y de admitirse la existencia de diversas formas de reparación, ¿Integran un *numerus clausus*? ¿Cómo se identifican? ¿Son equiparables entre sí? ¿Quién tiene la facultad de determinar cuál de ellas es aplicable al caso? ¿Qué criterios determinan la vía adecuada de reparación en cada supuesto?

Las líneas que siguen contienen algunas reflexiones a propósito de esas cuestiones.

3.2.- DE NUEVO, EL PROBLEMA DEL CONCEPTO DE DAÑO

Naturalmente, una adecuada delimitación jurídica del concepto de *reparación* exige conocer primero qué entendemos por *daño*. Y es bien sabido que, por paradójico que parezca, esta es una de las asignaturas pendientes en la teoría de la responsabilidad civil. Nos topamos con este problema a cada paso.

En la Pandectística se construyó el nuevo concepto “diferencial” de daño, debido a Friedrich Mommsen, como “la diferencia entre el importe del patrimonio de una persona, como es en un determinado momento, con el importe que tendría este patrimonio en el momento en cuestión sin la intromisión de un determinado acontecimiento dañoso”¹³². Ese concepto, que obviamente incide también en la noción de “indemnización”, se impuso rápidamente¹³³, y sigue siendo el que maneja la doctrina mayoritaria¹³⁴. Interesa destacar cómo este concepto de daño es mucho más amplio que

¹³² En efecto, la construcción del concepto “diferencial” del daño se atribuye a MOMMSEM, F., *Zur Lehre vom Interesse*, (1855), en *Beiträge z. Obligationsrecht*, II, 1885, p. 5 y 6. No confundir, como a menudo ha sucedido en nuestra doctrina, con el gran historiador de Roma, y Premio Nobel, Theodor MOMMSEM. Nos referimos aquí a Friedrich MOMMSEN, autor de la conocida obra sobre imposibilidad de la prestación, origen de todas las elucubraciones posteriores, titulada *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 1853, incluída en el T.I de su *Beiträge z. Obligationsrecht*. En obra citada se formula y desarrolla la “Teoría o Hipótesis de la Diferencia” (*Differenztheorie*, *Differenzhypothese*), que postula la definición del daño o interés como la disminución patrimonial dada por la diferencia entre el valor actual del patrimonio del perjudicado (*Jetzzustand*, *Is-Zustand*) y aquel que dicho patrimonio habría tenido (*Ideal-Zustand*, *Soll-Zustand*), de no haberse verificado el hecho dañoso.

¹³³ WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, trad. it. Fadda-Bensa, vol. II, Torino, 1904, §157 y 257, donde se manifiesta que la obra principal sobre la teoría del daño es la mencionada de MOMMSEM y se hace referencia a los antecedentes de dicha teoría de la Diferencia en el Derecho común. ENNECERUS-LEHMAN, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, en ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, T.II, trad. y notas de PÉREZ GONZALEZ y ALGUER, Bosch, Barcelona, 1933, pág. 61; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 1982, pág. 443. Y en nuestro país, especialmente se ha analizado con todo detalle esa concepción “matemática” del daño, por PANTALEON, en su (lamentablemente) inédita tesis doctoral *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, (1981), cuya primera parte expone críticamente con sus consecuencias y ramificaciones la Teoría de la Diferencia.

¹³⁴ A pesar de las críticas recibidas en la doctrina alemana de principios de siglo, ya admite PANTALEON (*Del concepto de daño...*, cit., pág. 6) que la decidida respuesta ofrecida a las mismas por FISCHER en su conocida obra *Los daños civiles y su reparación* (1928), traducida en España por ROCES, permite que la Teoría de la Diferencia siga siendo preponderante en la doctrina alemana, y así se contempla en VON THUR, LEONHARD, HECK, MÉDICUS, etc. En España, es casi general la asunción de dicha teoría; por todos, DELGADO ECHEVERRIA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1º, 2ª ed. Barcelona, 1985, pág. 279; CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T.XV, vol. 1º, Edersa, 1989, pág. 671.

el que se había venido manejando a lo largo de toda la tradición del *ius commune*; toda pérdida actual o futura, toda *diferencia* introducida en el patrimonio de la víctima constituye daño, y debe ser indemnizada, con tal de que exista un nexo causal entre el daño producido y el hecho que obliga a indemnizar¹³⁵. Así, se abandonan tanto los viejos distingos medievales en torno a las consecuencias del daño, como las consideraciones en torno a la previsibilidad, o a los grados de la culpa¹³⁶. Tales ideas provocarán una especie de *vis attractiva* hacia la indemnización de daños y perjuicios; toda modificación injusta en el patrimonio se considera daño, y debe resolverse por la vía de la indemnización de daños y perjuicios¹³⁷.

Se constata también que la jurisprudencia ha manejado siempre ese mismo concepto “diferencial” del daño, en el sentido de considerar como daño la existencia de una diferencia, cuando se comparan dos estados del patrimonio del acreedor: el que tiene realmente después del incumplimiento, y el que hipotéticamente tendría si la obligación se hubiera cumplido adecuadamente. Para comprobarlo, basta extraer cuatro breves pasajes de otras tantas Sentencias, que por la generalidad de sus términos, pueden servir de pauta:

- La STS 6 octubre 1962 (RJ 3603), para la que el menoscabo sufrido por la víctima consiste en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el evento dañoso.
- La STS 14 diciembre 1950 (RJ 1702), según la cual, debe entenderse por daños y perjuicios toda disminución del patrimonio de la víctima, bien provenga de una pérdida -daño emergente-, bien de una privación de ganancia -lucro cesante-”.
- La STS 2 abril 1997 (RJ 2727)¹³⁸, que ofrece un esbozo de concepto de daño: “...la amplia dicción del artículo 1106 del CC produce que la entidad del resarcimiento... abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*)”.
- Y la STS 14 abril 1981 (RJ 1539): “El daño indemnizable constituye, de suyo y en principio, concepto jurídico unitario, con la derivada imposibilidad de disgregarlo en sectores de reparación al arbitrio y conveniencia del responsable...”.

Sin embargo, con razón se han pronunciado críticamente en torno a dicho concepto diferencial quienes con más detenimiento se han ocupado de la cuestión. Así,

¹³⁵ MOMMSEN, *op. cit.*, pág. 137.

¹³⁶ *Idem*, págs. 165 y ss.

¹³⁷ LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, *passim*.

¹³⁸ En términos idénticos se manifiestan las SSTS 10 enero 1979 (RJ 18), 6 octubre 1982 (RJ 5540), y 13 abril 1987.

se afirma que la figura de la *compensatio lucri cum damno* pone en tela de juicio la teoría de la diferencia, que en la práctica resulta muy cuestionable pues para aplicarla correctamente, sería necesario establecer en cada caso el estado de todo el patrimonio después de sufrir el perjuicio, y el que habría tenido de haber seguido indemne, para que la determinación del daño no se reduzca a vagas suposiciones, lo que supone un complejo e inútil procedimiento¹³⁹. En relación con el daño contractual, Díez-Picazo se pronuncia críticamente en los siguientes términos: “Debe considerarse como daño toda situación desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito, que no puede medirse únicamente, de acuerdo con los postulados de la llamada teoría de la diferencia, por la diferencia entre el valor de su patrimonio antes y después de la lesión, sino que exige una comprobación más amplia de la situación patrimonial entera”¹⁴⁰.

Hasta aquí nos hemos venido refiriendo al daño patrimonial. Si difuso es su concepto, muchas más dificultades entraña la adecuada delimitación del llamado daño moral. Recientemente ha expuesto Díez-Picazo de manera sintética sus orígenes¹⁴¹. En ausencia de fuentes romanas, el daño moral ingresa en el Derecho europeo por vía consuetudinaria¹⁴² para dar cabida, junto al interés patrimonial, a la indemnización del dolor (*schmerzensgeld*)¹⁴³, a la reparación de los daños morales mediante una indemnización en metálico¹⁴⁴. La doctrina más depurada en la materia¹⁴⁵ se refiere a dos grandes tipos de daño extrapatrimonial:

- Por una parte, el daño que resulta de una agresión a la integridad física de la persona, el llamado *perjuicio corporal*, que incluye a su vez: a) el *preium doloris*, derivado del dolor físico o efecto psicológico de la agresión; b) el *preium pulcritudinis* o perjuicio estético, producido en la “armonía física” o apariencia de la víctima; c) el *perjuicio sexual*, inherente a la imposibilidad total o parcial de mantener relaciones íntimas normales y procrear; y d) el *daño a la vida de relación*, como privación de la posibilidad de llevar a cabo

¹³⁹ PANTALEON, *Del concepto de daño...*, *cit., passim*; también en su Comentario al artículo 1902 (epígrafe V.2), en *Comentario del CC*, *cit.*, pág. 1989. En la primera de las obras mencionadas, se hace eco particularmente de los trabajos de WALSMANN y OERTMANN a propósito de la *compensatio lucri cum damno*, y también cuestiona el encaje teórico con algunos principios del BGB (como la restringida resarcibilidad de los daños morales o el sistema de reparación *in natura*). Mucho antes, se había pronunciado duramente en contra de la Teoría de la Diferencia, HONSELL, H., “Herkunft und Kritik des Interssebegriffs im Schadensersatzrecht”, en *Juristische Ausbildung*, 1973, págs. 69 y ss. No debe pasarse por alto que en aquellas críticas se encuentra el germen de la denominada “concepción articulada del daño”, formulada por NEUNER en 1931.

¹⁴⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 3^a edic., Cívitas, Madrid, 1993, pág. 683.

¹⁴¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *El escándalo del daño moral*, Thomson-Cívitas, Pamplona, 2008, págs. 59 y ss.

¹⁴² ROTONDI, M., *Dalla lex Aquilia all'articolo 1161 del Codice Civile*, Ricerche storico-dogmatiche, 1917.

¹⁴³ WINDSCHEID, *op. cit.*, pág. 764.

¹⁴⁴ FISCHER, *op. cit.*, págs. 3 y 221.

¹⁴⁵ LE TOURNEAU-CADIET, *Droit de la Responsabilité*, Paris, 1996, pág. 772.

actividades especiales (deportivas, culturales, etc.) en las que se hubiera alcanzado un cierto nivel.

- Por otra, el daño moral en sentido estricto, que resulta de la lesión de los derechos de la personalidad, como el nombre, el honor, la intimidad, la propia imagen, etc. Daño moral es el irrogado al ser humano en sus valores más íntimos y personales, en la profundidad de la *psiqué*: daño que afecta directa y contundentemente al espíritu¹⁴⁶. Dentro de esta categoría se incluiría el “daño no patrimonial” al que se refiere el Código italiano, y que De cupis identifica con los padecimientos del ánimo como la aflicción, la amargura, el ansia, la preocupación¹⁴⁷.

3.3.- ¿EN QUÉ CONSISTE EL ID QUOD INTEREST?

3.3.1.- SIGNIFICADO HISTÓRICO

En el fondo de la concepción diferencial del perjuicio subyace una vieja idea, según la cual lo que se indemniza no es el valor de las cosas perdidas, dañadas o dejadas de ganar, sino el interés que el acreedor tenía en las mismas; así, la *utilitas* es la clave y la esencia del daño, como sucedía en las fuentes¹⁴⁸. Lo significativo es la repercusión subjetiva en el patrimonio de la víctima y no el valor mismo de las cosas dañadas o perdidas¹⁴⁹. O, si se prefiere, el daño (*interesse*) ha de referirse al *preium singulare*, o valor que el objeto tenga precisamente para la persona perjudicada; mientras el equivalente (*aestimatio rei*) se refiere al *preium commune*, o valor que el objeto tiene para todos¹⁵⁰. Interés (*inter est*) es lo que media entre la situación originaria antes de producirse el hecho dañoso, y los trastornos y perjuicios que se le han irrogado al perjudicado por tal acción u omisión. He aquí lo indemnizable: *quod creditoris interest*.

Debemos recordar que el Derecho romano no conoció ni un deber general de reparar los daños causados, ni un concepto genérico de la categoría “indemnización de daños” como forma de reparación de los mismos¹⁵¹. No existe en Derecho romano un régimen unitario de responsabilidad, sino tantos como obligaciones o, mejor, como acciones; por ello, salvo alguna referencia genérica al dolo¹⁵², hay una multiplicidad de reglas que impide hablar de un verdadero “sistema”. Se manejaban sólo casos

¹⁴⁶ Esta noción de daño moral como lesión de los derechos de la personalidad es la que formulé en su día en *La responsabilidad civil del médico*, Trivium, Madrid, 1988, pág. 233.

¹⁴⁷ DE CUPIS, *op. cit.*, pág. 30.

¹⁴⁸ Son suficientemente reveladores los textos de BARTOLO, y más tarde incluso de los grandes representantes del Humanismo Jurídico, como CUJACCIO y DONELLO por ejemplo. Baste recordar (a propósito del esclavo muerto).

¹⁴⁹ Baste recordar (a propósito del esclavo muerto) D. 9,2,21, 2, *Ulp.*: “Pero ¿valoramos solamente su cuerpo en el valor que tuvo cuando fue muerto o más bien la cuantía de nuestro interés en que no hubiese sido muerto? Y seguimos la regla de estimar el interés”.

¹⁵⁰ Vid. ENNECERUS-LEHMANN, *op. cit.*, pág. 62; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, *Studia Albornotiana*, Bolonia, 1987, pág. 864, nota 1; CARRASCO, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 671.

¹⁵¹ Vid. KASER, M., *Derecho Romano Privado*, Trad. 5^a ed. por Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1982, pág. 162.

¹⁵² D. 2. 14. 27. 3 (de Paulo): *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur, quamvis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat; quod pactum proderit*.

particulares de daños, daños concretos que sí conllevaban para quien los causó el deber de indemnizar. Lo que sucede es que la determinación del contenido concreto de tal deber de prestación no se hace con arreglo al daño real sufrido por la víctima, sino que depende del tipo de *actio* que proceda. Y es que, como se ha señalado¹⁵³, para comprender la génesis del sistema romano de las obligaciones hay que partir de la *actio* y no de la *obligatio*, pues este último término es de aparición tardía, y no puede relacionarse con una primitiva idea de ligación o sujeción personal de una deudor, por cierta similitud con el acto de *nexum*, calificado como enigmático¹⁵⁴.

Tales acciones sufren una importante evolución a lo largo de la historia del Derecho romano. Por ello, como decimos, es difícil aludir unitariamente a éste, sin diferenciar épocas, desde las acciones formularias *in personam* del antiguo *ius civile* (que aparecen a fines del siglo II a.C. y se generalizan con Augusto), hasta las acciones *extra ordinem* (cuya aparición se sitúa hacia el 130 d.C.), pasando por las acciones *in factum conceptae* y los *arbitria bonae fidei* (que comienzan hacia principios del siglo I a.C.), sin perjuicio de una posible coexistencia durante una larga época de las acciones formularias con las “nuevas” acciones cognitorias. Lo que sí está claro es que el *Corpus* se refiere siempre a éstas y no a las *formulae*.

Dentro del proceso formulario, y en el ámbito contractual, nos interesa particularmente aquí la sustitución de aquella sujeción personal del deudor, de cuya responsabilidad se liberaba mediante la prestación, por el principio de la *condemnatio pecuniaria*, por cuya virtud, toda condena a realizar una prestación debe ser expresada en una suma de dinero¹⁵⁵. Cuando las fuentes romanas hablan de daño o interés (*id quod interest*), tienen presente de modo preferente la prestación del interés pecuniario¹⁵⁶. La diversidad de criterios y reglas para establecer el volumen de los daños y perjuicios que puede encontrarse en las fuentes, dependiendo de la diversa tipificación de la acción que corresponda, complica las cosas enormemente ya a los juristas del *Ius Commune*¹⁵⁷. Puesto que en el procedimiento formulario el juez venía forzado a ceñirse a la redacción de la fórmula, y dada la gran variedad de las fórmulas, la valoración pecuniaria de la condena se hacía, según los casos, con muy diferente alcance y amplitud, según los diferentes tipos de *actio*. Así, la cuantía de la *condemnatio pecuniaria*, como resultado de la estimación judicial (*litis aestimatio*) depende mucho del tenor de la fórmula correspondiente¹⁵⁸. Si tiene por objeto un *certum*, se fija el valor de mercado o comercial que la cosa tiene para cualquiera, para todos. A su vez, si es fórmula con la

¹⁵³ D'ORS, A., “Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones”, en *Estudios Homenaje al Prof. Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, 1988, pág. 542.

¹⁵⁴ *Idem*. Puede verse un minucioso estudio del *nexum* en BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, 2^a ed., Milano, 1955, págs. 157 y ss.

¹⁵⁵ GAIO, *Inst.*, 4, 48.

¹⁵⁶ Lo que explicaría, según ENNECERUS, que la doctrina y la jurisprudencia del Derecho común identificasen directamente la indemnización con la prestación del interés pecuniario, excluyendo la “reposición natural” (*op. cit.*, pág. 62).

¹⁵⁷ Así lo pone de relieve COING, H., *Derecho Privado Europeo*, I, trad. esp. de A.PEREZ MARTIN, Madrid, 1996, pág. 553.

¹⁵⁸ Con claridad se exponen los distintos casos en KASER, *op. cit.*, pág. 163.

cláusula *quanti ea res est*, el relevante es el valor que la cosa tenga en el momento de la *litis aestimatio*; mientras que en las fórmulas con cláusula *quanti ea res erit*, se fija el valor que tuviere en el momento de la sentencia. Si tiene por objeto un *incertum*, se atribuye el *id quod eius interest*, que no sólo toma en cuenta el valor de la cosa, sino también el resto de circunstancias dañosas para el acreedor.

Algo similar sucede dentro del el ámbito extracontractual, donde la interpretación de la *Lex Aquilia* también sufre una larga evolución, desde su origen en que se miraba exclusivamente a atribuir el mayor valor de mercado (el valor común, según cierta doctrina) del *corpus* lesionado en el año anterior a la comisión del acto ilícito (o sea, la *aestimatio rei*), hasta la que los compiladores atribuyen a Ulpiano, consagradora del *id quod interest*, y que se recoge en D. 9. 2. 21. 2: *Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio*¹⁵⁹.

Explica C. Fuenteseca¹⁶⁰ cómo a partir de la *Lex Aquilia* del *damnum* nace la obligación legítima de resarcir (*damnum decidere oportere*). Ese *damnum*, para un amplio sector doctrinal tiene la significación de daño o perjuicio valorable pecuniariamente, y parece admisible que en materia de daños no contractuales la idea de compensación surgiera más tempranamente. La expresión *damnum decidere oportere* impuesta como deber al *obligatus ex delicto* en el proceso formulario clásico, refleja la idea de *pactio* de las Doce Tablas como acuerdo pacificador de compensación del *damnum*. La *damnatio* significa atribuir a un sujeto la responsabilidad de un *damnum*, el cual queda *damnatus*, y por tanto debe *damnum decidere* para liberarse respecto al perjudicado. La expresión *damnas esto dare*, que aparece en la *lex Aquilia*, es una *damnatio* pecuniaria, cuya esencia es la fijación del deber de pagar el *damnum* una vez comprobada la culpabilidad del sujeto, el cual queda *damnatus*. *Damnare* es atribuir la responsabilidad de la reparación pecuniaria al *damnatus*, al cual se le hace *reus* del *damnum*. La idea de la entrega de la pecunia como único modo de liberación es la misma idea que hallamos en el antiguo *damnum sarcire* de las XII Tablas: el autor del *damnum* (que dará lugar más tarde al *delictum*) responde con su persona sometiéndose al poder del perjudicado, o bien paga una *poena* o *aestimatio damni*. En virtud de la *condemnatio*, toda condena a realizar una prestación debe ser expresada en una suma de dinero.

Ese último criterio de “*indemnización integral*” es el que parece dominar en Derecho justiniano, en el que no tiene ya justificación tal multiplicidad de soluciones procesales, como expresamente señala el Código. En efecto¹⁶¹, Justiniano favorece la valoración del interés del acreedor-perjudicado, suprimiendo los límites establecidos por las fórmulas, pero fija una limitación, en cuanto que la cuantía de dicho interés no puede ser superior al doble del valor de la prestación, de una manera genérica y con redacción

¹⁵⁹ Existe un minucioso y exhaustivo estudio de dicha evolución en VALDITARA, G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano de estensione de la tutela ai non domini*, Milano, Giuffrè, 1992.

¹⁶⁰ FUENTESECA DEGENEFSE, C., *El delito civil en Roma y en el Derecho español*, Tirant lo Blanc, Valencia, págs. 131, 140 y ss.

¹⁶¹ Así lo pone de relieve KASER, *loc. cit.*

bastante desafortunada¹⁶²: *Quum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere* (C. 7, 47, 1, Just.)¹⁶³. Sin embargo, no es difícil encontrar en el Digesto otras reglas basadas en el sistema de acciones y en la *condemnatio pecuniaria*, por lo que puede hablarse de una verdadera contradicción entre los textos decisivos¹⁶⁴.

Lo que está fuera de toda duda es que la expresión *id quod interest*, no tuvo un significado unívoco en Roma. Mucho me temo que buena parte de los problemas que, desde siempre, han venido acompañando a la teoría de la responsabilidad civil, son debidos a esa polisemia en las fuentes romanas. De las investigaciones de Medicus sobre este tema¹⁶⁵, cuyos resultados son hoy generalmente aceptados¹⁶⁶, puede deducirse que al *id quod interest* se le atribuyen en dichas fuentes, al menos, cuatro significados distintos, a saber:

a) El sentido que utilizó en su día Mommsem para construir su concepto “diferencial” del daño, como vimos más arriba. Es decir, *id quod interest* es lo que media, está o se coloca entre la situación real del perjudicado, derivada del incumplimiento o acto ilícito, y lo que habría debido de tener, si no hubiera mediado la conducta lesiva del responsable.

b) En otras ocasiones, cuando de los varios interesados en una cosa, reclama la misma uno solo de ellos, éste obtiene únicamente *id quod eius interest*, es decir, sólo lo que a él le corresponde, sentido que nada tiene que ver con el concepto de daño o su reparación. En palabras de Medicus: “La forma de utilización del término interés en la que dicha palabra designa un principio de distribución, no se ajusta tampoco al moderno concepto de daño. Ciertamente, también el interés del Derecho moderno otorga al demandante que coexiste con otros legitimados, exclusivamente indemnización por su parte en el daño conjunto. Sin embargo, esta limitación no está en primer plano; es sólo una consecuencia necesaria del método de comparación entre dos situaciones patrimoniales. Al contrario que el *quod interest* romano en esta forma de utilización. En ella, la distribución es el único fin; no se produce, por el contrario, cómputo patrimonial alguno”¹⁶⁷.

¹⁶² Así la califica COING, *op. cit.*, pág. 553.

¹⁶³ “Como se han llevado hasta lo infinito las antiguas dudas respecto a los intereses, nos ha parecido mejor restringir tal prolijidad, todo lo posible. Así pues, mandamos que en todos los casos que consistan en una cantidad o cosa cierta, como en las ventas y en los arrendamientos, y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna de la cantidad del duplo”.

¹⁶⁴ WIELING, H.J., *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Köln-Wien, 1970, págs. 2 y ss.

¹⁶⁵ MEDICUS, “*Id quod interest*”, *Studien zum Römanischen Rechts des Shadenersatz*, 1962, págs. 300 y ss.

¹⁶⁶ Así lo pone de relieve y lo demuestra con profusión de citas PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, *cit.*, págs. 8-9, notas 3 y 4, donde sintetiza y traduce buena parte de las conclusiones de MEDICUS sobre el particular. De dicha traducción nos valemos en este punto.

¹⁶⁷ MEDICUS, *loc. últ. cit.*; PANTALEÓN, *loc. últ. cit.*

c) Existen algunos textos que vendrían a apoyar claramente el que he denominado “concepto integral de la indemnización”¹⁶⁸, en la medida en que utilizan a la expresión *id quod interest* para referirse a la totalidad de lo que puede exigir el demandante al demandado. Sería algo así como “todo lo que corresponde o interesa” al perjudicado.

d) Pero también, por último, existe un buen número de textos que reservan la expresión el *id quod interest* para designar un *factor adicional del daño*, que viene a sumarse al *verum pretium*. En dichos textos, unas veces se discute si el demandante puede exigir, además de dicho *verum pretium*, también el *id quod interest*, y otras se afirma la concesión del *id quod interest* junto a otras partidas, como por ejemplo, el precio de la compraventa. Por eso, afirma Medicus que “el daño global se calcula entre los romanos por medio de una suma de varias cantidades singulares a indemnizar, en vez de mediante una substracción entre un patrimonio real y otro hipotético¹⁶⁹. Con todo, podrían ambos cálculos llegar al mismo resultado. Sin embargo, una diferencia más sustancial resulta de que la cantidad mencionada en las fuentes junto al factor interés (*pretium*, valor efectivo) representa el límite inferior de la indemnización. Respecto a ella no se plantea la cuestión, característica en el principio del interés del Derecho moderno, de si el patrimonio del demandante, sin el hecho dañoso, habría alcanzado efectivamente tal magnitud”¹⁷⁰.

3.3.2.- NATURALEZA FUNCIONAL

La genuina obligación de reparar del artículo 1902 CC o, si se prefiere, la indemnización de los daños y perjuicios causados del artículo 1101 CC, tiene una exclusiva función resarcitoria. Últimamente se viene afirmando que el Derecho de daños cumple una múltiple función¹⁷¹, que va más allá de la meramente indemnizatoria¹⁷²: a) Demarcatoria, en cuanto delimitación de las fronteras que separan los ámbitos de la libertad de actuación y los de protección a determinados bienes e

¹⁶⁸ LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, *passim*.

¹⁶⁹ Obviamente, está discutiendo MEDICUS la virtualidad del concepto “diferencial” del daño, y hasta qué punto el mismo tiene apoyo en las fuentes romanas.

¹⁷⁰ MEDICUS, *loc. ult. cit.*

¹⁷¹ Sobre la función de la responsabilidad puede verse TUNC, *La responsabilité civile*, *cit.*, págs. 133-161; DIAS-MARKESINIS, *Tort Law*, 2^a ed., Oxford, 1989, *passim*; LARROUET, *Réflexions sur la responsabilité civile (évolution et problèmes actuels en droit comparé)*, Montreal, 1993, págs. 12 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, *cit.*, págs. 60 y ss.; *idem*, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Cívitas, Madrid, 1995, págs. 19 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, *cit.*, págs. 42 y ss.; PANTALEÓN, “Comentario al art. 1902 del CC”, en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1971 y ss.; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G., “Función actual de la responsabilidad civil”, en *Derecho de Daños. Homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, dir. Trigo Represas-Stiglitz, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 37 y ss. Y modestamente, LLAMAS POMBO, E., “La tutela inhibitoria del daño. La otra cara del Derecho de daños”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, , nº 7-2004, págs. 6 y ss.; y en *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Luis Díez-Picazo Ponce de León*, Cívitas, Madrid, 2004.

¹⁷² SALVADOR-CASTIÑEIRA, *Prevenir y castigar*, M. Pons, Madrid, 1997, *passim*, a los que seguimos en este punto. Puede verse también PINTOS AGER, *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Barcelona, 2000, págs. 47 y ss.

intereses, que por esta razón entrañan límites a la libertad¹⁷³. b) Compensatoria, o sea, la genuina finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil. c) Distributiva de la estimación económica del daño, sea *ex ante* (incentivando la contratación de un seguro de responsabilidad civil), sea *ex post* (forzando, mediante la indemnización, la transferencia de recursos del dañador a la víctima)¹⁷⁴. d) Preventiva, dirigida a evitar o minimizar los costes de los accidentes incentivando comportamientos eficientemente preavizados¹⁷⁵. Así, se dice que “deberá compensar quien no fue preavizado” (o sea, una suerte de prevención general), y que “por ello, decidirá serlo en el futuro” (es decir, la prevención especial). Y que tal función preventiva no necesariamente ha de identificarse con la punición, pues la disuasión de los comportamientos dañinos no viene de la sanción o castigo, sino del establecimiento de una indemnización tal que a la víctima le hubiera resultado indiferente sufrir el daño y cobrar la indemnización, que no sufrir aquél ni cobrar ésta (compensación perfecta)¹⁷⁶. e) Por esta última razón, los autores que venimos citando no mencionan la función punitiva que, sin embargo, ha vuelto a abrirse camino entre cierta doctrina¹⁷⁷, empeñada en resucitar aquellos *punitive damages* del Derecho inglés, traducidos al español como “daños punitivos”¹⁷⁸. f) Satisfactiva,

¹⁷³ CANARIS, en el capítulo de Derecho de daños de la última edición del *Lehrbuch des Schuldrechts* de LARENZ, afirma que “el problema fundamental de todo derecho delictual consiste en la relación de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad de actuación” (pág. 350). Conforme con esta función de demarcación se manifiesta DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Cívitas, Madrid, 1999, págs. 43-44.

¹⁷⁴ Sobre esta función distributiva, puede verse nuevamente SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 107 y ss. Y en contra de la misma, de manera contundente, PANTALEÓN, “Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas”, en *Documentación Jurídica*, nº 81, págs. 171 y ss., Mº Justicia, Madrid, 1995.

¹⁷⁵ Ya André TUNC incluyó entre las funciones de la responsabilidad civil la de “prevención de comportamientos antisociales” (*La responsabilité civile*, *cit.*, págs. 135 y ss.). Sin embargo, VINEY (*Introduction à la responsabilité*, en *Traité de Droit Civil*, dir. GUESTIN, 2ª ed., Paris, 1995, pág. 51), aun reconociendo que las condenas civiles conservan un efecto disuasivo real aunque estén garantizadas por un seguro, proclama que la disuasión de comportamientos antisociales cuando se realiza en un plan individual tienen escasos resultados: la mayoría de los accidentes se producen por el uso de cosas peligrosas, los efectos son casi siempre imputables al azar o a la imperfección técnica de los objetos o a las dificultades del hombre para conocer sus mecanismos.

¹⁷⁶ SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 113 a 115.

¹⁷⁷ Es llamativo este retorno a una función punitiva que más bien recuerda a épocas pasadas, cuando se atribuía a la indemnización, junto a la finalidad resarcitoria, la de sancionar la trasgresión del orden jurídico, por entender que ante la ilicitud o injusticia del daño el ordenamiento reacciona imponiendo la reparación, lo que lleva a mencionar una suerte de “sanción resarcitoria”. Por todos, MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, tomo VI, págs. 502 y 503; SANTOS BRIZ, J., *Derecho de daños*, págs. 253 y ss; *La responsabilidad civil, derecho sustitutivo y derecho procesal*, tomo I, pág. 323; MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, tomo I, pág. 228.

¹⁷⁸ Lo que es “punitivo”, habrá que aceptarlo, es la “indemnización” (que deja de ser tal cosa) y no los daños. Sobre el tema, puede verse FLEMING, *The American Tort Process*, Clarendon Press, Oxford, 1988, págs. 213 y ss.; OWEN, “A punitive Damages Overview: Function, problems and reform”, en *Punitive Damages (Symposium)*, 39 *Vilanova Law Review*, 1994, págs. 353 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, *cit.*, pág. 62; PIZARRO, “Detrás de las noticias (acerca de la prevención del daño derivado de la actividad de los medios masivos de comunicación)”, en *Derecho de daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, dir. Bueres, I, págs. 43 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, *cit.*, págs. 40 y ss.; SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op.cit.*, págs. 163 y ss.; SALVADOR CODERCH, “Punitive damages”, en *Indret 1/00* (www.indret.com), y la bibliografía allí cita; DÍEZ-PICAZO, *El escándalo...*, *cit.*, págs. 99 y ss.

tendente a buscar la satisfacción de la víctima y, su contrafigura, la expiación por parte del dañador.

Sin embargo, frente a todas esas pretendidas funciones que exceden a la meramente reparadora o resarcitoria en general, se oponen serias objeciones, basadas en poderosos argumentos¹⁷⁹. El fundamental, que la antijuricidad no se predica o exige de la conducta lesiva, sino del daño; es el daño lo que resulta antijurídico, y en consecuencia, nada hay que sancionar o castigar¹⁸⁰. Adicionalmente (quizás por ello) resulta que la indemnización no se gradúa en función de la gravedad de la conducta dañadora ni, en eventualmente, de la reprochabilidad de la misma, sino con arreglo a la entidad del daño. Pero también, los que aluden a la transmisibilidad de la acción civil a los herederos de la víctima, la asegurabilidad de la responsabilidad civil, la inaplicación a dicha responsabilidad de los principios de retroactividad de la ley más favorable, etc¹⁸¹. No se puede negar que, de forma inducida o secundaria, la responsabilidad genera un cierto efecto preventivo o disuasorio; incluso un sentido de reproche o punición en el condenado como responsable; ni siquiera que, en algunos casos, pueda conseguir un efecto redistribuidor de riqueza (en otros sucede justamente lo contrario; basta que el perjudicado sea “rico por su casa”). Pero eso no son más que efectos secundarios del principal objetivo resarcitorio de la responsabilidad civil.

Y desde luego, lo que no es la responsabilidad contractual ni contiene el artículo 1101, en contra de lo que en ocasiones se ha dicho, es “la regulación legal de los efectos del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato”. O al menos, aquella no es, y éste no contiene *todos* los efectos, sino que el precepto sólo se refiere a uno de los múltiples efectos del incumplimiento de las obligaciones o *remedios* del acreedor frente a la lesión del derecho de crédito: la responsabilidad civil *strictu sensu*, el resarcimiento del daño causado. Este remedio indemnizatorio se produce siempre que se constata la contravención de la obligación con daño para el acreedor (y se cumple el necesario elemento de imputación al deudor), aunque es variable, según el tipo de lesión del derecho de crédito, y también en función de la clase de interés del acreedor afectado y la decisión de éste a la hora de satisfacerlo, su compatibilidad-acumulabilidad respecto de cada uno de los otros remedios. Unas veces vendrá acompañando a la ejecución forzosa en forma específica, otras al cumplimiento por equivalente, y otras a la resolución del contrato sinalagmático; pero la indemnización de daños y perjuicios es compatible con todos ellos.

Por tanto, la prestación del *id quod interest* carece de función punitiva, preventiva o de reintegración por equivalente del derecho de crédito lesionado, ni tiene en el ámbito contractual una función sustitutiva o subrogatoria de la prestación

¹⁷⁹ Argumentos que han sido expuestos convincentemente y con detenimiento por PANTALEÓN, “Comentario al art. 1902 del CC”, *cit.*, págs. 1971 y ss. Vuelve sobre ellos el mismo autor, con singular gragejo, profusión de argumentos críticos frente al análisis económico de la responsabilidad civil (y algunas inolvidables reflexiones sobre la responsabilidad de las Administraciones por daños fortuitos), en “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil...*, *cit.*, págs. 439 y ss.

¹⁸⁰ DÍEZ – PICAZO, L., *Derecho de daños*, *cit.*, págs. 290 y ss.

¹⁸¹ El tema, con referencia extensa al pensamiento de PANTALEÓN, lo trato con detenimiento en LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, págs. 85 y ss. También en “Tutela inhibitoria...”, *cit.*

incumplida, ni es una forma de cumplimiento equivalente de la prestación¹⁸². Tampoco podemos compartir la opinión¹⁸³ conforme a la cual la prestación del *id quod interest* cumple funciones diferentes, según que haya cumplimiento (tardío o defectuoso), en cuyo caso se le asigna una función *accesoria o adicional*, o que haya incumplimiento definitivo, en cuyo caso lleva aparejada una función *sustitutiva*. Este es el problema. La indemnización de daños y perjuicios tiene siempre la misma naturaleza y función. Lo que sí puede cambiar, y de hecho resulta siempre variable, es su contenido. La prestación del *id quod interest* es siempre de carácter adicional y resarcitoria, y nunca de cariz sustitutivo (respecto de la prestación incumplida, se entiende). Y ello porque la esencia de la obligación indemnizatoria no está en el incumplimiento, sino en el daño. Por eso, para definir tal obligación, importa poco que tal incumplimiento fuera de carácter transitorio o definitivo, que hubiera o no cumplimiento tardío, que fuese defectuoso o imposible. Lo importante es que haya un daño acreditado, que el mismo sea objetivamente imputable a la mora o contravención de la obligación, y subjetivamente imputable -por el criterio de atribución que mejor nos parezca- al deudor.

Es verdad que, pese todo, esa específica función resarcitoria de los daños consecuentes al incumplimiento de la obligación, ha sido objeto de una importante extensión por la jurisprudencia¹⁸⁴, para conceder en ocasiones al acreedor una verdadera acción de reparación *in natura*, cuando de la aplicación de la norma *ad hoc* sólo podría derivarse una acción de daños o de saneamiento. Frecuentemente, el TS canaliza por el artículo 1101 las pretensiones dirigidas a la obtención de un determinado resultado externo y obliga al deudor al cumplimiento correcto de aquello que hizo defectuosamente (STS 28 junio 1982, RJ 3447). Y a tal fin, se contempla el contrato de compraventa como si de uno de obra se tratase, obligando al vendedor a garantizar un resultado útil de la cosa vendida, y por tanto a reparar o sustituir la misma hasta alcanzar el mismo; tal es el caso de la STS 29 enero 1983¹⁸⁵. Bien es cierto que, en otras ocasiones, por exigencia de las circunstancias, y para el caso de vicios ruinógenos en el contrato de obra, en lugar de condenar a la reparación *in natura* de los defectos constructivos, se concede -ex art. 1101- una indemnización de daños y perjuicios, cifrada justamente en el coste de las obras de reparación de tales defectos¹⁸⁶.

¹⁸² Así lo ha demostrado, con referencia al pensamiento de CARRASCO y PANTALEÓN, en mi *Cumplimiento por equivalente..., cit., passim*.

¹⁸³ Sostenida por DELGADO, *Elementos..., cit., passim*, y ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1, *La obligación y el contrato en general*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 206, y suscrita, al menos parcialmente, por DE ANGEL YAGÜEZ, Comentario a los artículos 1106, 1107 y 1740 a 1757, en *Comentario del Código Civil*, T.II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 46.

¹⁸⁴ CARRASCO, *Comentarios..., cit.*, t. XV, vol. 1º, págs. 394 y ss. *Vid.* también mi comentario al artículo 1101, y la jurisprudencia que allí se analiza, en *Jurisprudencia Civil Comentada*, dir. Pasquau Liaño, T.2, 2ª ed., Comares, Granada, 2009.

¹⁸⁵ RJ 400, en la que se obliga al vendedor de unas viviendas a realizar obras en unas chimeneas cuya salida de humos era defectuosa (similares, las SSTS 10 junio 1983 - RJ 3454-, 17 enero 1986 - RJ 104-, 24 septiembre 1986 - RJ 4787- etc.).

¹⁸⁶ Es el caso, entre otras muchas, de la STS 8 noviembre 1993 (RJ 8971), que contemplaba la defectuosa impermeabilización de unas terrazas.

3.3.3.- INDEMNIZAR Y REPARAR

3.3.3.1.- La necesaria precisión terminológica

El hecho de que, análogamente a lo que sucede en el *Code* francés, nuestro CC se refiera a la obligación de “reparar” en el artículo 1902 y a la de “indemnizar” en el 1101, exige discutir y aclarar si ambas expresiones tienen sentido idéntico, si guardan relación de género y especie o si, sencillamente, hay que atribuirles significado diverso.

El problema es aún más delicado si se considera la multiplicidad de expresiones que habitualmente emplea el propio Código, la doctrina y la jurisprudencia, cuando se refiere a la obligación de reparar. Junto a la propia “reparación”, se alude a “resarcimiento”, “indemnización”, “restitución”, “reintegración”, “restauración” y “reposición”, de manera a menudo indistinta, como si fueran sinónimos. Y la verdad es que las definiciones que encontramos en el diccionario de la RAE no contribuyen precisamente a aclarar la cuestión, pues a menudo se entrecruzan en las entradas al comparar lo definido y la definición. Así:

- El término *reparar* ofrece varias acepciones útiles a estos efectos: “2. Enmendar, corregir o remediar”; “3. Desagraviar, satisfacer al ofendido”; “4. Remediar o prevenir un daño o perjuicio”. Y la voz *reparación*, en su segunda acepción, equivale a “desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria”.

- Entre las acepciones de *reintegrar* encontramos: “1. Restituir o satisfacer íntegramente algo”; “2. Reconstituir la mermada integridad de algo”; “4. Recobrarse enteramente de lo que se había perdido, o dejado de poseer”.

- *Restituir* significa, entre otras cosas: “1. Volver algo a quien lo tenía antes”; “2. Restablecer o poner algo en el estado que antes tenía”.

- De los significados de *restaurar* nos interesan: “1. Recuperar o recobrar”; “2. Reparar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía”.

- *Resarcir* equivale a “indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio”.

- *Indemnizar* se define en el diccionario de la RAE como “resarcir de un daño o perjuicio” y en el Diccionario de Autoridades, como “hacer a alguno libre, indemne o exento de algún daño”.

Para poner algo de orden en tanto embrollo, si se reflexiona un poco sobre el asunto, creo que se pueden admitir las siguientes conclusiones:

1º) *Reparar* constituye el género al que pertenecen todas las formas de liberar o compensar al perjudicado, de enmendar, corregir o remediar un daño¹⁸⁷.

2º) Esa reparación, obviamente, puede efectuarse por muy distintas vías, que requerirán ser adecuadamente denominadas. Y muy principalmente, las dos que clásicamente se mencionan: reparación en forma específica o *in natura*, y reparación mediante el pago de una compensación pecuniaria.

3º) De las expresiones *restituir* y *restaurar*, mejor deberíamos olvidarnos en este contexto de la responsabilidad civil, pues no hacen sino confundirnos. Más bien parecen sacadas del Derecho de cosas y miméticamente utilizadas en el ámbito de los daños y, desde luego, aparte de su utilidad literaria en alguna ocasión, más que aclarar conceptos,

¹⁸⁷ En el mismo sentido, DE CUPIS utiliza el término “reparación” para designar genéricamente todo remedio pecuniario o no pecuniario que en beneficio del perjudicado tenga carácter represivo del daño patrimonial o no patrimonial. (*El daño*, cit., pág. 813).

vienen a complicar el asunto. No obstante, cabe reservar la *restitución* a una concreta forma de reparación consistente en devolver la cosa a la persona que la poseía, como haremos más adelante¹⁸⁸.

4º) La *reintegración* la encontramos a menudo asociada con la reparación *in natura* o en forma específica¹⁸⁹, y en tal sentido restringido debería utilizarse. Ello no obstante, es cierto que en el ámbito contractual no es extraño hablar de “reintegración por equivalente”, expresión poco afortunada pues no deja claro que la *aestimatio rei* no es sino una forma de cumplir la prestación devenida imposible¹⁹⁰.

5º) *Resarcir*, término muy utilizado por la doctrina italiana, resulta una expresión ambigua, pues en unas ocasiones se le atribuye un significado equivalente a *reparar* con ese carácter genérico que hemos mencionado¹⁹¹, y en otras se emplea como sinónimo de *indemnizar*, en el estricto sentido específico de reparación mediante equivalente pecuniario. Me inclino por esta última acepción, de carácter específico y restringido¹⁹².

6º) Las dudas, en efecto, se agravan cuando hablamos de *indemnización*, pues no está claro si constituye un sinónimo de *reparación* (en cuanto deja a la víctima “libre, indemne o exenta de algún daño”, por el camino que sea), o su significado debe circunscribirse a una determinada forma de reparación, que consiste en el pago de una suma de dinero que *compensa* de forma pecuniaria el perjuicio padecido. Y el problema no es baladí, pues si nos inclinamos por la segunda respuesta, habríamos de concluir y aceptar que mientras en la responsabilidad extracontractual es dable cualquier forma de reparación, en la contractual quedaría vedada la reparación *in natura* pues el artículo 1101 sólo permitiría la compensación pecuniaria. Veamos seguidamente la cuestión.

3.3.3.2.- El género *reparar* y la especie *indemnizar*

En efecto, desde una determinada perspectiva, cabe entender que indemnizar es dejar a alguien in-deme, sin daño. Y ello puede hacerse, según los casos, bien a través de la reparación *in natura*, bien mediante el pago de una suma de dinero, o bien por cualquier otro camino. Y en este sentido, que es el que acoge el Diccionario de

¹⁸⁸ *Vid.* BRASIELLO, “Restituzione e risarcimento”, *Nuovo Dig. Italiano*, Turín, 1939.

¹⁸⁹ El propio DE CUPIS (*loc.cit.*) alude conscientemente a la “reintegración en forma específica” por considerar que expresa más adecuadamente la aptitud del remedio para obtener un resultado que materialmente corresponde a la situación precedente. Y explícitamente así lo sostiene SCOGNAMIGLIO, R., “Il risarcimento del danno in forma specifica”, en *Scritti giuridici* (Vol. I), Milán, 1996, pág. 538: “la reintegración es sinónimo de reparación en forma específica y significa la obligación del responsable de reconstituir la situación fáctica antecedente”.

¹⁹⁰ Una vez más, he de remitirme a mi *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor, cit.*, que versa íntegramente sobre tal cuestión, y donde queda demostrada esa naturaleza de la *aestimatio rei*.

¹⁹¹ Así, en la doctrina italiana no es extraño encontrar la expresión “resarcimiento en forma específica”: EBENE COBELLI, “Risarcimento in forma specifica”, en *La responsabilità civile*, , coord. Alpa, G. y Bessone, M., Vol. V, 1987, pág. 356 y ss.; SCOGNAMIGLIO, R., “Il risarcimento del danno in forma specifica”, *cit.*

¹⁹² Nuevamente aquí me adhiero a DE CUPIS (*loc.cit.*), quien prescribe reservar la expresión *resarcimiento* para los supuestos de reparación pecuniaria. Lo dice explícitamente: “El término “resarcimiento” expresa la idea de que, respecto a la prestación de una cosa, entra el dinero como equivalente de ella, subrogando una utilidad comprometida para restaurarla económicaamente” (pág. 822).

Autoridades, y el que le atribuye Fischer¹⁹³, cabría concluir que indemnización y reparación serían una misma cosa, por lo que la indemnización del artículo 1101 y la reparación del 1902 son términos sinónimos, que englobarían toda forma de reparación.

Sin embargo, el necesario rigor técnico-jurídico obliga, a mi juicio, a ver las cosas desde otra perspectiva, para reservar la expresión *indemnizar* para los supuestos de reparación de carácter sustitutivo-pecuniario, de manera que la indemnización no es sino una especie del género *reparar*. La indemnización (o su sinónimo resarcimiento, según hemos propugnado) repara el daño por una vía muy concreta, que es la de establecer una situación económica mente equivalente a la que comprometió el daño producido, por utilizar las palabras de De Cupis¹⁹⁴. Cuestión diferente a la estrictamente terminológica que aquí nos ocupa, es que uno no admite la posibilidad metafísica de una reparación en forma específica y se piense, como Fischer, que ante la imposibilidad “de borrar lo ya ocurrido”, de eliminar de la realidad histórica el daño ya ocurrido, no hay otra solución que acudir al remedio indemnizatorio pecuniario: “*quod factum est, infectum fieri nequit*”. Desde tal perspectiva, reparar equivale a indemnizar porque no hay otra manera de hacer lo primero. Sin embargo, si se admite la posibilidad de reparar en forma específica, es obligado concluir que la indemnización es justamente “la otra vía”, la del sustitutivo económico: todo el que indemniza, repara (por equivalente); pero no todo el que repara indemniza, pues existen otras vías de reparación distintas al resarcimiento económico.

Tales afirmaciones nos llevan a concluir que cuando el artículo 1902 CC obliga al responsable del daño causado a *repararlo*, alude a cualquiera de las formas de reparación, ya en forma específica (en sus distintas variedades), ya mediante indemnización o equivalente pecuniario. Mientras que cuando el artículo 1101 CC sujeta al deudor que contraviene el tenor de la obligación al “a la indemnización de daños y perjuicios”, se refiere exclusivamente al pago de una reparación pecuniaria. Y además, es lógico que así sea, pues como decíamos más arriba ese precepto no contiene «la regulación legal de los efectos del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato», como en ocasiones se ha dicho, o al menos no *todos* los efectos, sino que el artículo 1101 sólo se refiere a uno de los múltiples efectos del incumplimiento de las obligaciones. En efecto, en caso de lesión del derecho de crédito, el ordenamiento jurídico ofrece al acreedor toda una serie de remedios o instrumentos, ora alternativos, ora cumulativos; y el derecho a obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, cuando éstos existen, es uno más de esos remedios, casi siempre compatible con todos los demás. Y entre ellos, la ejecución forzosa de la prestación o incluso el cumplimiento por equivalente, así como de la resolución y otros efectos propios del contrato sinalagmático. Todos ellos naturalmente diferentes a la genuina indemnización de daños y perjuicios, como detenidamente he demostrado en

¹⁹³ FISCHER, *op. cit.*, pág. 132: “toda reparación de daños representa una indemnización,... dado que no se puede borrar lo ya ocurrido, ...dado que el curso normal de los hechos se interrumpe por el suceso dañoso, a lo que el indemnizante puede aspirar es a provocar una nueva cadena de acontecimientos que se acerque lo posible a la realidad truncada” y “no está en la mano del hombre descartar del mundo de la realidad hechos acaecidos. A lo sumo, se podrán detener sus efectos presentes y futuros, mediante ciertas providencias y precauciones, pero nunca borrar los ya ocurridos y realizados”. En sentido similar, DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 580.

¹⁹⁴ DE CUPIS, *op. cit.*, pág. 811.

otro lugar¹⁹⁵. El acreedor frustrado podrá acudir al cumplimiento forzoso de la obligación para obtener la genuina prestación en forma específica y, si además acredita la existencia de daños y perjuicios (y la necesaria imputabilidad al deudor), recibirá una indemnización pecuniaria, que es justamente lo que dice el artículo 1101 del CC.

3.3.3.3.- Indemnizar es prestar el *id quod interest*

En conclusión, encontramos que, propiamente, no se puede hablar de “la obligación de reparar” sino que habría que hacerlo de “las obligaciones de reparar”, entre las cuales se encuentra una más concreta y específica que sí tiene un objeto prestacional típico, de carácter pecuniario, que denominamos obligación de indemnizar, o prestación del *id quod interest*. Es verdad que en el lenguaje coloquial jurídico a menudo utilizamos indistintamente una y otra, pues resulta extraordinariamente frecuente el empleo de la fórmula indemnizatoria a la hora de reparar el daño, pero el rigor exigiría llamar a las cosas por su nombre. No se puede decir en puridad, por ejemplo, que “la obligación de reparar es una deuda de valor”¹⁹⁶, porque ello sólo es predicable de las obligaciones pecuniarias, y no todas las obligaciones reparatorias lo son.

3.4.- A CADA TIPO DE DAÑO, SU FORMA DE REPARACIÓN

3.4.1.- ADECUACIÓN DE LA REPARACIÓN AL DAÑO

Si algo podemos concluir en relación con el tema que aquí nos interesa es que, dada la variada tipología de daños, cada uno merecerá una forma de reparación diferente. Existe un resarcimiento *ad hoc* para cada modalidad de daño y cada una de las diferentes formas de reparación cumple una función diferente, es decir, opera de manera distinta frente al daño, unas veces por sustitución, otras por compensación y otras por mera recompensa satisfactiva. Así:

1º) Si se trata de un daño patrimonial causado a las cosas, la reparación habrá de consistir en el restablecimiento del equilibrio patrimonial perdido, lo que, a su vez, puede realizarse bien mediante la incorporación en especie de la cosa perdida-deteriorada o bien mediante su *aestimatio rei*, o equivalente pecuniario.

2º) Más problemas presenta la reparación del daño corporal, y no digamos el que afecta a la dignidad, a la *psiqué*, a los derechos de la personalidad o a los aspectos más profundos de la sensibilidad del ser humano. En definitiva, el daño moral. En estos casos, parece que el único “remedio” que se nos ocurre es ofrecer al perjudicado una indemnización, una mera satisfacción, mediante la entrega de una suma de dinero, que provocará en la víctima una sensación siempre agradable para, en alguna medida, contrarrestar la sensación desagradable que le provocó el padecimiento del perjuicio. Mientras en el daño patrimonial el resarcimiento tiene una función compensatoria, en el daño moral no sucede lo mismo, puesto que los criterios que sirven de base para calcular la indemnización prescinden de la dimensión de la pérdida económica del acreedor, e implican un enriquecimiento económico de la víctima. Por ello, se habla de una función más bien *satisfactiva* que propiamente *compensatoria*¹⁹⁷. Cuestión distinta

¹⁹⁵ Mi monografía ya citada *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor* gira justamente en torno a esa cuestión. Y allí se ofrecen toda suerte de argumentos, amén de un estudio detallado de los distintos remedios del acreedor frente a la lesión del derecho de crédito.

¹⁹⁶ ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, pág. 172.

¹⁹⁷ SALVI, C., *Il danno extracontrattuale. Modeli e funzioni*, Jovene, Nápoles, 1985, págs. 83 y ss. y 93 y ss. RODOTÀ, *Il problema de la responsabilità civile*, Milán, 1964, págs. 144 y ss.; BARCELLONA, M.,

es que a eso podamos denominarlo “reparación”, como género que engloba todos los remedios o respuestas jurídicas frente al daño, pero es más bien un mero intento de “recompensa satisfactiva”.

3º) Habrá quien sostenga que la cesación de la fuente de daño, para impedir que el mismo se repita, se agrave o se vuelva a producir, constituye una de las formas de reparación del daño. Mi opinión es que tal actividad no es, propiamente, *reparar*, sino constituye una forma enmascarada de tutela inhibitoria del daño, de finalidad preventiva, y ajena a la genuina finalidad reparadora de la responsabilidad civil¹⁹⁸.

Nótese, por lo demás, que esa variedad de formas de reparación se traduce, en el orden técnico-jurídico en una clara multiplicidad de objetos de “la obligación” de reparar, que unas veces consistirá en dar (cosas o dinero, según los casos), otras en hacer y otras, incluso, en no hacer.

3.4.2.- CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE REPARACIÓN

Llegados a este punto, es preciso ofrecer una enumeración taxonómica de las formas de reparación, tarea que no resulta fácil y que sólo puede hacerse de la mano de la jurisprudencia, a la vista de las diferentes fórmulas que proponen las resoluciones judiciales para lograr esa reparación. Considero que merece la pena realizar ese esfuerzo a pesar de quienes sostienen que no existe un *numerus clausus* de formas de reparación específica, por considerar que, al tener como finalidad devolver a la víctima a la situación en la que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiere presentado, su definición se debe hacer por vía negativa¹⁹⁹.

De manera un tanto simplista, se suele aludir a dos únicas formas de reparación, la específica y la pecuniaria por equivalente. Así, afirman Mazeaud - Tunc que al Juez se le ofrecen dos alternativas de actuación: "O bien dispondrá la reposición de las cosas en el estado anterior; adoptará las medidas propias para colocar al demandante en la misma situación que si el demandado no hubiera incurrido en culpa. Del acto ilícito no quedará sino el recuerdo; sus efectos se borrarán; el daño desaparecerá realmente. Es la reparación en especie. O bien el juez no tratará de borrar el daño sufrido por la víctima pero se esforzará en compensarlo; tomará las medidas destinadas a procurarle a la víctima una ventaja que sea el equivalente del perjuicio padecido; condenará, por ejemplo, al responsable a abonarle una cierta suma de dinero a la víctima, por daños y perjuicios. El perjuicio no desaparecerá; pero quedará compensado. Es la reparación mediante equivalente"²⁰⁰. Por su parte, De Cupis²⁰¹ distingue entre: a) resarcimiento; b)

Danno risarcibile e funzione de la responsabilitá, Milán, 1972; ESSER-SCHMIDT, *Shuldrecht*, I, 2, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, pág. 114.

¹⁹⁸ Expongo la cuestión con detenimiento en mi trabajo “La tutela inhibitoria del daño...”, *cit.*

¹⁹⁹ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pág. 826.

²⁰⁰ MAZEAUD, H. Y L. - TUNC, A, *op. cit.*, t.3º, v. I, pág. 480. En idéntico sentido, entre nosotros, últimamente ROCA TRÍAS, E., *op.cit.*, págs. 180-182; VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en *Tratado de responsabilidad civil*, dir. Reglero Campos, F., 2ª ed. Aranzadi, 2003, págs. 279 y ss.

GARCÍA AMIGO señala que “los términos generales en que está redactado el artículo 1902 (del CC) permiten una serie de posibilidades en orden a concretar aquella reparación de los daños causados: en efecto, se puede reparar *in natura*, en especie, o bien mediante la liquidación de los daños, en *dinero*; la primera forma no siempre es posible, ya que, por ejemplo, la pérdida de un brazo no es reparable *in natura*, como tampoco lo son, en general, los daños morales” (*Lecciones de Derecho Civil, II, Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 60). Y añade que en la

prestación del equivalente pecuniario; y c) reintegración en forma específica. Y Bonvicini²⁰², asistemáticamente yuxtapone como “procedimientos para eliminar el perjuicio”: el resarcimiento, la restitución, la reparación pecuniaria, la reparación material, la reducción *in integrum* de bienes inmuebles, la reintegración de la posesión, las inhibitorias, etc. Entre nosotros, se suele encontrar una clasificación tripartita²⁰³: a) Reparación específica o *in natura*, en el sentido de arreglo de la cosa dañada o mediante su sustitución por otra igual; b) indemnización por equivalente, mediante entrega de la cantidad de dinero correspondiente al daño sufrido; y c) reparación en especie, mediante la entrega de bienes, cuyo valor equivalga al daño sufrido.

Frente al laconismo de los artículos 1101 y 1902 del CC en este punto, sí encontramos un intento de dotar de contenido a los medios reparatorios en el artículo 110 del CP²⁰⁴ cuando, al regular la mal llamada “responsabilidad civil derivada del delito”²⁰⁵, establece que la misma comprende: “1º) La restitución; 2º) la reparación del daño; 3º) la indemnización de perjuicios materiales y morales”. Y en términos más confusos se pronuncia el artículo 141.4 de la Ley 30/1992: “La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”

Con acertada y mayor precisión se pronunciaba el malhadado proyecto argentino de Código Civil de 1998²⁰⁶, cuyo artículo 1621 establecía: “El daño es reparable, según el caso, mediante: a) La reposición al estado anterior al hecho generador de la

responsabilidad civil contractual la reparación *in natura* puede ofrecer problemas dogmáticos de confusión con otras acciones o derechos: ejecución forzosa en forma específica, acciones reivindicatorias o posesorias, etc.

La distinción entre ambas formas de reparación del daño también ha sido estudiada con detenimiento y agudeza por SAINZ-CANTERO CAPARROS, en *La reparación del daño ex delicto*, cit., págs. 113 y ss., donde certeramente conecta la cuestión con el interés en la plena satisfacción del acreedor (victima) de la obligación del *id quod interest*, para examinar el valor que en nuestro ordenamiento tiene la “restitución” que establece el artículo 111 del Código penal. ¡Qué oportunidad perdió el legislador de 1995 de sacar del Código penal para siempre las normas *civiles* que regulan la responsabilidad civil!

²⁰¹ DE CUPIS, *op. cit.*, págs. 368 y ss.

²⁰² BONVICINI, E., *La responsabilidad civil*, T. I., Giuffré, Milán, 1971, págs. 319 y ss.

²⁰³ Por todos, LUNA YERGA, Á.; PIÑEIRO SALGUERO, J.; RAMOS GONZÁLEZ, S.; RUBÍ PUIG, A., “Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español” *Indret*, 2/2002, págs. 2-3.

²⁰⁴ Es el precepto que parece guiar en este punto la exposición del problema por parte de YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, págs. 465 y ss.

²⁰⁵ Cosa metafísicamente imposible, pues si hablamos con propiedad *del delito* nunca deriva responsabilidad civil sino, obviamente, sólo responsabilidad civil. Cosa distinta es que esa conducta que para el Derecho penal es constitutiva de delito (con las consecuencias punitivas que ello acarrea), *además* cause daño a otro, en cuyo caso da lugar *también* a responsabilidad civil. Así, ésta no deriva *del delito* sino del *daño antijurídico*.

²⁰⁶ El texto del Proyecto, muy innovador y de notable calidad técnica, se debe a una Comisión Honoraria integrada por los Dres. A.A. Alterini, J.H. Alterini, H. Roitman, M.J. Méndez-Costa, H. Alegria y J.C. Rivera, todos ellos juristas de primera fila. Pese a todo, diez años después, no ha conocido promulgación legislativa.

responsabilidad. b) La restitución de lo que el responsable está obligado a devolver, o de lo que obtuvo indebidamente. c) El resarcimiento del valor del daño patrimonial. d) La satisfacción del valor del daño extrapatrimonial. También procede, en su caso, el reembolso del valor de gastos o inversiones”.

En un intento clasificatorio, podríamos sistematizar las distintas formas de reparación del daño en las siguientes categorías:

1.- Reparación en forma específica

1.1.- Reposición al estado anterior mediante obligación de hacer

1.1.1.- Por obra del responsable

1.1.2.- Por obra de un tercero a costa del responsable

1.2.- Reposición al estado anterior mediante obligación negativa

1.3.- Restitución de las cosas

1.4.- Sustitución del objeto

1.5.- Reembolso de gastos e inversiones

2.- Indemnización pecuniaria

2.1.- Resarcimiento por equivalente del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante).

2.2.- Compensación satisfactiva del perjuicio corporal y del daño moral en sentido estricto.

3.4.3.- REPARACIÓN INTEGRAL Y COMPATIBILIDAD ENTRE MEDIOS REPARATORIOS

No por obvio debemos dejar de señalar que todas esas formas de reparación no resultan incompatibles ni excluyentes entre sí. Antes bien, al contrario, muy a menudo deberán operar de manera conjunta y combinada a fin de lograr una adecuada reparación y satisfacción de la víctima.

En efecto, la teoría de la responsabilidad civil se encuentra presidida por el principio de la reparación integral del daño, por la *full damages rule*: hay que reparar el daño, todo el daño y nada más que el daño, según la conocida fórmula de Toulemon-Moore. Principio que a menudo ha sido mal interpretado, en una voraz aspiración a enriquecerse so pretexto de una responsabilidad civil mal entendida.

La reparación integral del daño constituye, en efecto, un *principio*, un valor jurídico que ha de inspirar el ordenamiento jurídico, tanto en su construcción como en su interpretación y aplicación. A dicha consideración de principio general del Derecho no obsta la circunstancia, cierta por otra parte, de que la Constitución no contenga ninguna regla o principio alguno que imponga la reparación total de los daños y perjuicios, pues en la suprema norma no son (principios) todos los que están ni están todos los (principios) que son. El art. 1.106 establece qué daños son indemnizables, y el 1.107 limita tal declaración general²⁰⁷, al señalar la extensión del resarcimiento con arreglo al grado de causalidad que esos daños guardan con el incumplimiento; como afirma la STS 20 marzo 1990, el art. 1.107 determina «*la extensión de la indemnización, subordinándola a la causa de incumplimiento de la obligación*». Y desde luego, la jurisprudencia se ha encargado de constatar en innumerables ocasiones

²⁰⁷ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, II, 6^a ed. 2^a reimp., Tecnos, Madrid, 1992, pag. 345.

la existencia de tal principio general, por mucho que no encuentre más consagración legislativa que la más que dudosa expresión del artículo 1106 del CC²⁰⁸. El TS manifiesta con insistencia que el resarcimiento tiene que alcanzar a la totalidad de los perjuicios, conseguir la absoluta indemnidad, con el único límite de que los daños sean causalmente imputables al deudor con arreglo a la norma del art. 1.107. Y por tanto, no creo que podamos conformarnos con la calificación de que “se trata de un mero *desideratum*, algo meramente deseable aun asabienas de la imposibilidad de hacerlo realidad, con plena conciencia de su talante utópico”²⁰⁹. Una vez más, creo que en el fondo de tal posición existe una cierta confusión entre reparar e indemnizar. Todo lo que allí se dice es cierto, sin duda, aplicado a la *indemnización* del daño moral, a lo que hemos llamado más arriba *compensación satisfactiva*. Pero existen muchos daños que son perfectamente susceptibles de reparación integral²¹⁰.

Por lo demás, tampoco podemos olvidar que la aspiración a la reparación integral no constituye de un principio absoluto, ni debe ser una obsesión del legislador ni del intérprete²¹¹, entre otras cosas porque hay daños que nunca pueden ser reparados íntegramente, como sucede en general con el daño moral. Con agudeza explica Vicente Domingo que “la reparación integral del daño no es un buen parámetro para los daños que recaen en bienes imposibles de evaluar. El primer problema que se plantea es el de la aplicación del principio de la reparación integral a daños en los que concurren dos notas. De un lado, daños que no son susceptibles de reparación específica porque no

²⁰⁸ Las SSTS 10 enero 1979 [R.18], 6 octubre 1982 [R.5540] y 2 abril 1997 [R.2727] resumen perfectamente el principio: «... la amplia dicción del art. 1.106 CC produce que la entidad del resarcimiento ... abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*)». Análoga, la STS 13 abril 1987 [R.2706].

²⁰⁹ Tal es el parecer expresado en el voto particular emitido por el Exmo. Sr. D. Rafael Mendizábal Allende a la STC 181/2000, de 29 junio (el famoso pronunciamiento sobre la constitucionalidad del baremo de indemnización por muerte y lesiones en los accidentes de circulación). Dicho voto manifiesta el talento utópico del principio de reparación integral, como “una tendencia al modo weberiano que presiona para la aproximación al tipo ideal con la sospecha de que no será alcanzado jamás, un ejemplo entre muchos de la eterna aporía de Aquiles y la tortuga”.

²¹⁰ Nuevamente, hay que acudir a la jurisprudencia. Dicen las SSTS 13 abril 1987 [R.2706] y 28 abril 1992 [R.4466] que «la inexistencia en nuestro Derecho positivo de principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios autoriza a interpretar el concepto de reparación, en que se manifiesta la responsabilidad del dañador, comprende (art. 1.106 y 1.902 CC), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma». Y consecuentemente, la STS 7 mayo 1993 [R.3685] establece que «el fin de la indemnización, que es tanto como reparación o compensación, es el de conseguir que el patrimonio del lesionado quede por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o equivalente al que tenía antes de haberlo sufrido». Análogamente, la STS 28 abril 1955 [R.1555] establece que «la indemnización de daños y perjuicios no es una pena que se imponga a su causante ..., sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado y, por ello, si el causante del perjuicio debe repararlo, tiene que hacerlo en su totalidad, para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación, sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación». Así se pronuncia también la STS 20 febrero 1988 [R.1072].

²¹¹ VICENTE DOMINGO, E., *op.cit.*, págs. 280-281.

circulan en el mercado y no pueden reponerse. Y de otro, son daños cuya naturaleza no permite una evaluación objetiva”²¹². Tal cosa sucede, especialmente, con los daños extrapatrimoniales. Y por ello, existe en nuestro ordenamiento una norma que deliberada y conscientemente se aparta del principio de reparación integral, al aplicarse el denominado “baremo” a la reparación de la muerte y lesiones corporales en los accidentes de circulación, que introdujo la Ley 30/1995, que prescinde de la completa reparación del lucro cesante.

Pues bien, ese principio de reparación integral conlleva que las dos grandes categorías de formas o modos de reparación que hemos mencionados no son excluyentes pues es posible que se presenten daños en los cuales deban actuar de manera concurrente²¹³, pues sólo combinando reparación integral con indemnización podemos aproximarnos a dicho ideal reparatorio. De donde cabe deducir algo que no parece resultar tan obvio para la doctrina, y es que no existe una oposición o antagonismo entre unas y otras formas de reparación y, especialmente, entre la reparación en forma específica y la indemnización pecuniaria. Máxime cuando la primera a menudo se verifica también mediante la entrega de una suma de dinero²¹⁴. La cuestión se entiende muy bien en la doctrina alemana, cuando distingue entre restauración *material*, referida a la situación puramente material del damnificado, y restauración *económica*. Esta última no se trata de una indemnización, en sentido estricto, pues carece de finalidad compensatoria sino que pretende reponer la indemnidad económica de la víctima²¹⁵. Así, si tras la restauración restauración material la víctima aún no alcanza tal indemnizada, será necesario “rehabilitar económicamente al que lo sufre”, sin que esto implique acudir a la indemnización en dinero.

3.5.- LA REPARACIÓN EN FORMA ESPECÍFICA

3.5.1.- CONCEPTO

Si seguimos las enseñanzas del nunca suficientemente ponderado Puig Brutau, “la reparación o reintegración en forma específica impone al autor del daño la obligación de crear una situación material que sea reproducción de la que existía antes de haberse ocasionado el daño. La propia expresión “reintegración en forma específica” expresa la aptitud de este remedio para obtener un resultado que corresponda materialmente a la situación anterior”²¹⁶. Esta reparación *in natura*, natural²¹⁷, en especie o en forma específica²¹⁸, que consiste en la reposición del *status quo* en que se

²¹² *Idem*.

²¹³ Con referencia a un evidente supuesto de tutela inhibitoria del daño, recuerda ROCA TRÍAS, E., cómo “en materia de daños causados por inmisiones industriales, la forma de reparación es generalmente doble: por un lado, se condena al demandado a reparar los daños producidos con este tipo de actividades, pero, además, se admite que el perjudicado pueda instar la cesación de la actividad lesiva mediante la realización de las obras que sean necesarias para ello” *op. cit.*, pág. 182.

²¹⁴ *Vid. VON BAR, CR., The Common European Law of Torts*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000, pág. 150; PANTALEÓN, “Comentario al artículo 1902 CC”, *cit.*, pág. 2001.

²¹⁵ Por todos, FISCHER, H.A., *op. cit.*, pág. 143.

²¹⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. III, p. 192.

²¹⁷ Esta expresión puede encontrarse en ROCES, notas a FISCHER, *cit.*, pág. 160.

²¹⁸ Por todas esas denominaciones se designa. El CC italiano habla de *reintegración en forma específica*.

encontraba el perjudicado antes de que tuviera lugar la conducta dañosa, la restitución de las cosas a su estado anterior o, desde una visión patrimonialista, la recomposición material del activo patrimonial de la víctima²¹⁹ es, sin duda, la forma más elemental²²⁰, “la forma genuina”²²¹ de reparar el daño.

Sin embargo, si tratamos de precisar algo mejor este concepto vemos que, en realidad, siempre resulta metafísicamente imposible retornar al estado anterior, sino que, más bien, en realidad, lo que hacemos es “imaginar” cómo habría evolucionado el estado de cosas en caso de no haberse producido el daño, es decir no tanto contemplar “cómo estaba *entonces* el perjudicado” como averiguar “cómo estaría *hoy* de no haberse irrrogado el daño”, y llevar al perjudicado a dicha situación ideal, hipotética o imaginaria. En otras palabras, construir “la situación que, según los cálculos de la experiencia humana y las reglas de lo probable, existiría de no haber acontecido el daño”²²², idea que va mucho más allá que limitarse a “devolver las cosas al estado anterior” mediante una sustitución estática de activos, pues incluye dentro del perjuicio reparable todo aquello que hubiera podido obtener, realizar o disfrutar la víctima está dentro del curso normal y razonable de los acontecimientos, desde una perspectiva dinámica del patrimonio²²³.

Pero, cuidado, como acertadamente se ha señalado²²⁴, no se debe confundir la reparación en forma específica con “la reintegración” del derecho subjetivo o situación jurídica lesionado o lesionada, que es el objeto de las acciones reivindicatoria, negatoria, de cesación o eliminación del estado lesivo de las cosas, que no presuponen necesariamente la existencia de un daño, pues no es función de la responsabilidad civil la protección de los derechos subjetivos absolutos. Si de reparación *del daño* hablamos, el mecanismo de la responsabilidad civil sólo puede tener lugar cuando efectivamente nos encontramos en presencia de un daño reparable. Más lejanas aún de la noción de responsabilidad civil se encuentran las denominadas formas de “reintegración jurídica”, de carácter restitutorio de los negocios jurídicos en los casos de nulidad, la rescisión, la resolución o la revocación de los contratos²²⁵, pues en tales casos el daño sencillamente brilla por su ausencia como requisito o elemento de la acción.

Y para continuar con lo que *no es* reparación *in natura*, en contra de lo que mayoritariamente se dice²²⁶, la reparación en forma específica nunca incluye la tutela

²¹⁹ DE CUPIS, A., *op. cit.*, págs. 811 y ss.

²²⁰ ROCA TRIAS, E., *op. cit.*, pág. 181.

²²¹ VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, pág. 260.

²²² FISCHER, H.A., *op. cit.*, pág. 132.

²²³ En sentido similar, Solarte, A., *La reparación in natura*, trabajo inédito, Salamanca, 2004, pág. 25.

²²⁴ PANTALEÓN, “Comentario al artículo 1902 del CC”, *cit.* págs. 1972 y 2001; LACRUZ, *Elementos...*, *cit.*, págs. 552 y ss.

²²⁵ DE CUPIS, *op. cit.*, págs. 815 a 818.

²²⁶ Por todos, ROCA TRIAS, E., *op. cit.*, pág. 182: “La reparación puede consistir también en la destrucción del objeto dañoso, o bien en la obligación de evitar que en el futuro se sigan produciendo daños...”.

inhibitoria del daño, pues eso no es responsabilidad civil, ya que obedece a criterios y requisitos distintos, como he explicado en otro lugar²²⁷. En ausencia de un precepto genérico que consagre la tutela inhibitoria atípica, la jurisprudencia acostumbra a imponer la remoción de la causa generatriz del daño o la adopción de medidas preventivas del daño, como consecuencia de la responsabilidad civil, lo que aproxima tal tutela a una suerte de forma de resarcimiento, que a menudo consiste en la paralización de la actividad causante de los perjuicios²²⁸. Es lo que en ocasiones se ha denominado “el *enmascaramiento de la acción negatoria* bajo los postulados de la responsabilidad extracontractual”²²⁹, una constante en las inmisiones vecinales, y que el Tribunal Supremo justifica apoyándose en el carácter antijurídico del fenómeno inmisorio que, como tal, obliga al juez a no permanecer impasible ante un ilícito que amenaza con perdurar en el tiempo y que se presenta como actual en el momento en que conoce del mismo²³⁰. Lo que sucede es que tal absorción de la acción de cesación o inhibitoria por la de resarcimiento de daños, tan útil en la práctica, no deja de ser una evidente incorrección teórica²³¹, según he venido defendiendo. Y además, en aras de la inexcusable e importantísima finalidad preventiva de los daños, entraña una importante limitación: sólo puede operar cuando ya ha existido un daño (que amenaza con continuar o repetirse), nunca frente a un daño amenazante no consumado.

En ocasiones se ha identificado la reparación en forma específica con una mera obligación negativa, consistente en cesar en la fuente del daño, en eliminar las

²²⁷ En mi trabajo “La tutela inhibitoria del daño”, *cit.*

²²⁸ AMAT LLARI considera que sólo en dos supuestos puntuales el juez civil debe abstenerse de decretar la paralización de la actividad inmisora, a saber: a) cuando exista la posibilidad de aplicar medidas correctoras que eviten el daño, y b) cuando, pese a no existir medidas que puedan impedir el daño, la actividad sea considerada de una importancia vital para la sociedad (“Comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1.989”, en *CCJC*, 1.989, pág. 456). Sobre el tema, y a propósito de la utilización de la “acción de daños como acción dominical” en caso de inmisiones, puede verse también PARRA LUCÁN, *op. cit.*, págs. 23 y ss.; y con expresa referencia a la famosísima STS 3 diciembre 1987, SALVADOR CODERCH-SANTDIUMENGE FARRÉ, *op. cit.*, *passim*, y ALONSO PÉREZ, M., “Comentario a la STS 3 diciembre 1987”, en *CCJC*, nº 15, págs. 5255 y ss.

²²⁹ LLAMAS POMBO-MACÍAS CASTILLO, “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, en *Actualidad Civil*, 1998, págs. 1061 y ss.

²³⁰ La mayoría de supuestos de inmisiones ilícitas que han llegado al T.S. han abundado en este criterio. Así, por ejemplo, SSTS 23 junio 1.913 (CL 1913\136), 23 diciembre 1.952 (RJ 1952\2673): “(...) al condenar a la demandada a que ponga término inmediato a las causas productoras de esos daños, porque esto es una consecuencia lógica y legal de la reclamación contra un acto antijurídico(...) una vez que se ha reclamado contra él ante los Tribunales no pueden éstos permitir que tal perjuicio siga produciéndose, (...)”, 5 abril 1.960 (RJ 1960\1670), 14 mayo 1.963 (RJ 1963\2699), 12 diciembre 1.980 (RJ 1980\4747), 17 marzo 1.981 (RJ 1981\1009), 23 septiembre 1.988 (RJ 1988\6853), 16 enero 1.989 (RJ 1989\101), 15 marzo 1.993 (RJ 1993\2284), 14 noviembre 1.996 (AC 1.997 @209).

²³¹ FERNÁNDEZ URQUIANIZI enumera las notas que caracterizan esta confusión o enmascaramiento: a) la ordinaria vinculación de las medidas precautorias o correctoras de inmisiones al resarcimiento en forma específica más que a la genérica tutela vecinal, b) la imposición judicial de medidas correctoras como efecto de la responsabilidad civil extracontractual en procesos en que se demandaba únicamente su adopción, sin pretensión indemnizatoria alguna, al amparo del art. 1.902 C.C., c) la desestimación conjunta de la demanda dirigida a la indemnización de daños y al cierre de la instalación que los genera ante la improcedencia de la acción aquiliana (“Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho Civil común y foral” en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. IX, Madrid, 1.994, pág. 163).

consecuencias del hecho dañoso. Sin embargo, la construcción de ese estado de cosas a la que se refiere Fischer es algo que va mucho más lejos²³², y que puede consistir tanto en un *dare* (cosas o, incluso, dinero), como en un *facere* como en un *non facere*. Y por esa razón, no existe una única forma de reparación *in natura*, sino que ésta debe adecuarse a cada tipo de daño: restituir (devolver) la cosa sustraída, rembolsar el importe los gastos que hubo de desembolsar el perjudicado, reponer el computador averiado por otro idéntico, reconstruir (por sí o por otros) la pared derribada con el vehículo siniestrado, o cesar en la emisión de un programa televisivo que lesiona la intimidad de la víctima, son todas formas bien distintas de reparación en forma específica. Y pese a reconocer la imposibilidad de establecer un *numerus clausus* de tales obligaciones, es sin duda necesario un mínimo intento de clasificación sistemática de las mismas.

Por último, pese a las coincidencias terminológicas, tampoco debemos confundir la reparación (de los daños) en forma específica con el cumplimiento forzoso de la prestación en caso de lesión del derecho de crédito. La primera se ubica en sede de responsabilidad (contractual o extracontractual), o sea, es responsabilidad por incumplimiento en el ámbito contractual, y la segunda hay que colocarla en sede de cumplimiento de las obligaciones sin necesidad de que se haya producido daño alguno²³³. Ya desde la perspectiva histórica, es importante recordar la evolución que, a lo largo del *ius commune*, sufre la relación existente entre el *id quod interest* y la prestación infringida²³⁴, y que muy resumidamente esbozamos. Y ello porque, como ya hemos explicado en otro lugar²³⁵, da lo mismo hablar de la “obligación principal” que de su estimación²³⁶; y por otra, porque a la vista de los contradictorios textos del *Corpus*, tampoco es unitaria la respuesta del Derecho común al problema de si la prestación del *id quod interest* ocupa, sustituye o subroga a la prestación originariamente prevista, o si por el contrario aquél se añade o acumula a ésta.

En efecto, a partir de la distinción entre obligaciones de *dare* y *facere*²³⁷, y refiriéndose a éstas últimas, afirma Bartolo (en este punto seguido mayoritariamente) la incompatibilidad entre la obligación originaria y la prestación del *id quod interest*, por entender que la posibilidad de pedir conjuntamente ambas iría en contra de la buena fe. Se trata, según él, de dos obligaciones alternativas pero diferentes, con facultad electiva

²³² FISCHER, H.A., *op. cit.*, pág. 141: la reparación en forma específica “no consiste meramente en el deber de eliminar ciertos obstáculos, sino que tiene un contenido positivo, puesto que obliga a crear un estado de cosas que de momento no existe”.

²³³ Lacónicamente dicen LUNA YERGA Y OTROS, *op. cit.*, pág. 3, que “conviene distinguir en sede de responsabilidad civil contractual la reparación *in natura* de lo que son auténticas pretensiones de cumplimiento *in natura*”. En realidad, no me canso de repetir que éstas últimas no pueden residenciarse “en sede de responsabilidad civil”, pues lo que es *cumplimiento* no es nunca *responsabilidad*.

²³⁴ *Vid.* BADOSA, *La diligencia...* *cit.*, págs. 15 a 29, donde se explica detenidamente la cuestión, con profusión de notas, citas y datos.

²³⁵ En *Cumplimiento por equivalente...* *cit.*, págs. 132 y ss.

²³⁶ Para contraponerlo con el *verum damnum*, enseña MOLINAEUS que *an interesse succedat in locum principalis obligationem tanquam eius aestimatio...* (*op. cit.*, nº 250).

²³⁷ En las de *dare*, y a excepción de las obligaciones que proceden de contrato innominado (*do ut des*), lo único que se debe es la prestación, y sólo ésta puede pedir el acreedor en el libelo; con ello, el *id quod interest* aparece en sede de condena y por *officium iudicis*. Sin embargo, en las de *facere*, dicho *id quod interest* estaba incluido dentro de la *actio*, y podía ser pedido directamente en el libelo.

del actor-acreedor (no una con dos objetos alternativos, lo que conllevaría la facultad de elección para el deudor), la del *facere* que nace de su correspondiente fuente, y la del *id quod interest*, que nace de la ley. Si el acreedor opta por el *factum*, la otra obligación se encuentra *in facultate solvendi*; si elige la indemnización, el deudor puede, hasta el momento de la *litis contestatio*, liberarse realizando el *factum*. Baron y Donelo hacen el mismo planteamiento de la cuestión, centrado en los textos del *Corpus*, para intentar conciliar sus contradicciones, pero rechazan tal alternatividad, sosteniendo que a partir de la mora del deudor, sólo se debe la indemnización, y ésta es la única pretensión que puede ser objeto del libelo, aunque el deudor puede “purgar” su mora realizando el *factum* antes de la *litis contestatio*. El *id quod interest* se entiende implícito en la obligación del *factum*. Lo que, sin embargo, quiere decir que dichos autores siguen manteniendo la incompatibilidad entre ambas prestaciones. Desde un planteamiento de la cuestión totalmente distinto, Altusio y Pedro Gregorio entienden ya el *id quod interest* como un incremento, complemento o refuerzo adicional a la prestación originaria. Como Molinaeus, para quien, como hemos visto, el verdadero daño no sustituye o remplaza a la obligación principal ni a su estimación, sino que se añade, se suma a aquéllas, y es posible y está permitido pedir simultáneamente el interés en que la mora no se hubiera producido, y entonces el daño es una verdadera accesión²³⁸. Es decir, sostienen la compatibilidad entre ambas pretensiones. Y los primeros basan dicho complemento en la culpa o el dolo. O sea que el *id quod interest* ya no deriva sin más de la infracción de la obligación, sino que tal infracción ha de venir adjetivada por el dolo o la culpa²³⁹.

Estas ideas entroncan directamente con el pensamiento de Domat y Pothier²⁴⁰. Y es aquí justamente donde queríamos llegar: a *la perfecta compatibilidad entre dos acciones* que tienen (a) significado distinto, (b) fundamento diferente y (c) consecuencias dispares²⁴¹. El *id quod interest* no sustituye a la prestación originaria (sea ésta *in natura* o por equivalente), sino que viene a añadirse a la misma; no está *in obligatione* sino se suma a ella por una justa causa, que en este caso resulta ser el dolo o la culpa²⁴²; y su alcance no se limita a *quanti ea res erit*²⁴³ sino que alcanza *quanti*

²³⁸ MOLINAEUS, *op. cit.*, nº 250: *...an vero interesse non succedat loco rei, sed accedat...*

²³⁹ GREGORIO, *Syntagma iuris universi*, Coloniae Allobrogum, 1639: *... culpa aut dolo alterius eo quod si non fiat quod promissum est in pecunia numerata fiat condemnatio.*

²⁴⁰ *Vid.* BADOSA, *loc. cit.*, al que nos remitimos también en este aspecto, pues aunque la cuestión del concepto de mora que alcanzan dichos autores será definitiva, no tiene demasiada trascendencia a los efectos que en este trabajo interesan.

²⁴¹ Glosando la obra de BADOSA, señala CARRASCO que “la Codificación supuso un doble cambio de criterio. En primer lugar, la posibilidad de ejecución forzosa de la obligación de hacer (artículo 1098 del CC). En segundo lugar, el principio de que la prestación del *id quod interest* no es un subrogado de la prestación específica, de modo que puede pedirse cumulativamente junto a ella” (“La diligencia y la culpa...”, *cit.*, pág. 429). Sin embargo, no hay en realidad un verdadero “cambio de criterio”, sino *aclaración* de criterios que tuvieron ya claros los juristas más excelsos del *ius commune*. La ejecución forzosa del *facere* fungible o la diferencia entre *aestimatio* e *id quod interest*, son ideas que tuvieron bien claras juristas como BARTOLO o DONELLO. La Codificación simplificó y delimitó lo que ya existía, aunque a menudo farragosamente expuesto.

²⁴² MOLINAEUS equipara el *interesse* a los *fructus, usurae* que *veniunt officio judicis*, y que son accesiones, porque *non sunt in obligatione, scilicet principali: sed ei accedunt ex iusta causa quod iudex aestimare et arbitrari debet, aut et quando accedere debeat.*

interest mea, no viene reducido a la prestación principal y originaria (o su equivalente), sino que va más allá (daño *extra rem*)²⁴⁴. En lo único que coinciden todavía (no así a partir de la codificación, donde parece que cabe la reparación del daño *in natura*), es en que ambas se traducen en una obligación pecuniaria, pues por influencia de los principios de la *condemnatio pecuniaria*, tanto en las fuentes romanas como en la doctrina del Derecho común, se identifica la indemnización con la prestación de un interés pecuniario²⁴⁵. Y por fin, a partir de la codificación aparece la reparación del daño en forma específica, en sede de responsabilidad y no de mero cumplimiento forzoso, que es lo que aquí nos ocupa.

Resumiendo al máximo, hay que tener claro que una cosa es el cumplimiento forzoso de la obligación contractual (que puede alcanzarse *in natura* o por equivalente mediante la *aestimatio rei*), y otra distinta la reparación del daño causado (en sede contractual o extracontractual) en forma específica. Y ello, aunque a la postre puedan acabarse confundiendo en el pago de una única cantidad de dinero, o la ejecución de una única obligación de hacer. Para reclamar lo primero, no será preciso acreditar la existencia de daño alguno (ni aun de culpa, según demostré en su día²⁴⁶); para pedir lo segundo, habrá que alegar y demostrar los requisitos de toda responsabilidad civil. Es más, en el cumplimiento forzoso de la prestación, mientras la misma sea posible el acreedor no puede exigir el equivalente pecuniario; por el contrario, en la reparación del daño causado, es el perjudicado quien tiene la facultad de elegir entre el cumplimiento *in natura* (siempre que éste sea posible) o la reparación por equivalente. Como dice De Cupis, en la reparación *in natura* el ordenamiento reacciona frente a un *daño que ya ocurrió* y que produjo una alteración del orden jurídico, mientras que en la ejecución o cumplimiento *in natura* o ejecución en forma específica el objeto es que el acreedor pueda obtener lo que le es debido, como forma de *evitar que se cause* el daño²⁴⁷.

3.5.2.- LA PREFERENCIA DE LA REPARACIÓN *IN NATURA*

A diferencia de lo que sucede en el *Common Law*, nuestro ordenamiento jurídico, como la mayor parte de los de tradición continental, establece la preferencia de la reparación

²⁴³ La expresión *quanti res est* originariamente equivalía al valor de la cosa. Ciertamente, se ha dicho que con posterioridad fue evolucionando para referirse sin más al interés, al daño (MOMSEM, *op. cit.*, §§ 5 y 6). Pero una vez más, la ambigüedad e imprecisión terminológica no contribuye precisamente a aclarar los conceptos. Porque en todo caso, “*quanti*” siempre significa *valor, precio* (*quanti id emis?*, ¿en cuánto lo compras?); es siempre un genitivo neutro, que resume el concepto del *precio, dinero o valor*. Por lo que “*quanti res est*” debe entenderse como el valor o equivalente de la cosa, y nunca pudo evolucionar hacia el significado de “daño” o “interés”, sino hacia el *precio o estimación* en que se tenga la prestación debida frustrada, según apreciación del acreedor o del juez.

²⁴⁴ DOMAT brinda un ejemplo clásico para explicarlo (*op. cit.*, III, V, II, art. 3): El del vendedor de trigo que incumple el compromiso de entregarlo en una fecha determinada, provocando que el comprador se vea necesitado de comprar otro trigo a precio más caro; o no encontrándolo, pierda el espacio que tenía que hacer para aprovecharlo; o por falta de dicho trigo destinado a la alimentación de varios trabajadores, sufra la pérdida de sus jornales y de la interrupción de un trabajo útil o necesario.

²⁴⁵ ENNECERUS, *op. cit.*, pág. 62.

²⁴⁶ He de remitirme de nuevo a mi *Cumplimiento por equivalente...* *cit.*, págs. 245 y ss., pues la cuestión es, sin duda, compleja.

²⁴⁷ DE CUPIS, *op. cit.*, págs. 818 y ss.

en forma específica sobre la indemnización pecuniaria²⁴⁸. Y eso a pesar de que, salvo la referencia a la “restitución” prioritaria sobre la “reparación” del artículo 110.1 del CP, no contamos con un precepto legal que explícitamente así lo consagre, como sucede en el BGB²⁴⁹, en el CC italiano²⁵⁰ y otros²⁵¹, donde aparece de manera prioritaria la reparación en forma específica, salvo que la víctima opte por el equivalente, resulta imposible o excesivamente onerosa. Y también a pesar de que el artículo 112 del CP parece facultar al juez, y no al perjudicado, para intervenir en la forma de reparación²⁵².

El dilema no se produce entre: a) la opción del perjudicado por la forma de reparación que prefiera; y b) la preferencia de la reparación en forma específica²⁵³. Ambas soluciones son perfectamente compatibles y complementarias entre sí, puesto que aquellos que propugnan, como aquí hacemos, la absoluta prioridad de la reparación *in natura*, admiten siempre como excepción que la víctima opte por la reparación por

²⁴⁸ En efecto, resulta inevitable una cierta tensión entre el Derecho inglés del *Common Law* y la mayor parte de los ordenamientos continentales, que tienen una actitud mucho más favorable respecto de la reparación en forma específica, aunque éstos también aplican el principio de que dicha *restitution in kind* sólo prima sobre la indemnización pecuniaria cuando la cosa puede ser hallada o reparada. *Vid. VON BAR, CR., op. cit.*, págs. 150 y ss.

²⁴⁹ El §249 del BGB establece que “el obligado al resarcimiento de daños, ha de restablecer el estado que existiría si no hubiera tenido lugar la circunstancia que obliga al resarcimiento...”. Y los §250 y §251 identifican los supuestos excepcionales donde prevalece la indemnización en dinero, como, por ejemplo, cuando la restauración no se dé en el plazo establecido o cuando esta no sea posible, no sea suficiente para el damnificado, o implique gastos desproporcionados para el obligado a prestarla.

²⁵⁰ El artículo 2058 del CC de 1942, recoge la *reintegración en forma específica*, como forma primaria de reparar los daños, si resulta posible, en todo o en parte. Si se manifiesta excesivamente onerosa para el deudor, el juez puede ordenar que la reparación se haga mediante el equivalente pecuniario. Sin embargo, la doctrina italiana entiende que en realidad, más que una preeminencia de la reintegración en forma específica, es un derecho de elección a favor de la víctima entre dicha reintegración y la reparación en metálico. *Vid. DE CUPIS, op. cit.*, pág. 833.

La consagración positiva del resarcimiento en forma específica ha dado lugar a una larguísima literatura jurídica en Italia. Por todos, puede verse CECCHERINI, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milán, 1989; CHIANALE, *diritto siggettivo e tutela in forma specifica*, Milán, 1992; MARELLA, *Attuazione del diritto e regole di responsabilità*, Perugia, 1996; SCOGNAMIGLIO, R.: “Il risarcimento del danno in forma specifica”, en *Scritti giuridici* (Vol. I), Milán, 1996; y un buen resumen del estado de la cuestión en NIVARRA, L., “Il risarcimento del danno in forma specifica”, Cardozo Electronic Law Bulletin, <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Torts/Nivarra-1997/scogna.htm> (fecha consulta, junio 2009)

²⁵¹ En forma similar, en el Derecho argentino a partir de la ley 17.711, que reformó el artículo 1083 del CC en los siguientes términos: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”. Para el tema, por todos, *vid. ZANNONI, E., El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2001, pág. 199. Y contempla un minucioso estudio de derecho comparado el trabajo de SOLARTE, A., *op. cit.*, págs. 37 y ss.

²⁵² El precepto, realmente, sólo faculta al tribunal para determinar si las obligaciones reparatorias de hacer o no hacer han de ser ejecutadas por el responsable o por un tercero a su costa. Pero en ningún caso es el tribunal el que decide entre reparación en forma específica o por equivalente pecuniario, como sucede en el artículo 43 del Código de las Obligaciones suizo.

²⁵³ En tales términos lo plantean LUNA YERGA Y OTROS, *op.cit.*, pág. 4, donde oponen la opinión de LASARTE, YZQUIERDO y ROCA, como partidarios de la prioritaria opción de la víctima, frente a la de LACRUZ, PERÁN, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, como favorables a la preferencia de la reparación *in natura*.

equivalente pecuniario, de manera que, a la postre, siempre es posible la elección por parte del perjudicado (salvo en los otros casos de excepción). Por ello, me parece más adecuado plantear las cosas en los siguientes términos: 1) Una regla general: la prioridad de la reparación específica; 2º) tres excepciones, entre las que destaca en primer lugar la opción de la víctima por el equivalente indemnizatorio.

Así, salvo en los supuestos de excepción que veremos seguidamente, y entre los que, como digo, destaca la propia elección de la víctima, es absolutamente prioritaria la reparación en forma específica. En primer lugar, porque esa es justamente la forma más genuina de reparación del daño, según hemos dicho: ¿qué mejor para la víctima que “hacer desaparecer” el daño? Tal es el parecer mayoritario en la doctrina²⁵⁴ y en la jurisprudencia menor²⁵⁵.

Pero también llegamos a dicha conclusión, por el paralelismo que existe con el cumplimiento forzoso de la obligación en el ámbito contractual (con el que no se debe confundir, sin embargo, según queda dicho más arriba). Cuando se lesiona el derecho de crédito, y mientras no haya sobrevenido una imposibilidad definitiva, el ordenamiento jurídico en primer término dirige sus normas a conseguir en todo caso el cumplimiento “específico”, *in natura*, de la prestación programada inicialmente. Se trata de obtener el comportamiento omitido, y obtenerlo del mismo modo que debió ser y no fue realizado por el deudor²⁵⁶. Incluso acudiendo a la adopción de las medidas coercitivas que sean necesarias para conseguir tal objetivo²⁵⁷. Ese es, sin duda, el tenor de los artículos 1096, 1098 y 1099 del CC y 699 y siguientes de la LEC. Este sistema, absolutamente distinto al seguido por el Common Law²⁵⁸, es el resultado de un largo camino, que comienza, como hemos visto, negando la posibilidad de ejecución forzosa con la *condemnatio pecuniaria* de la época clásica romana, atenuada ya en el *Corpus*. En el Derecho común, se discute ampliamente si el deudor puede o no ser condenado a la prestación debida y obligado a realizar ejecutivamente²⁵⁹. Y mayoritariamente se distingue entre

²⁵⁴ Por todos, SANTOS BRIZ, J., *op. cit.*, págs. 286 y ss; LACRUZ Y OTROS, *loc.cit.*, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 350; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, vol.2, *cit.*, pág. 502; VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, pág. 280; YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pág. 477.

²⁵⁵ Entre otras muchas, SSAP Badajoz 2 marzo 1998, AC 406; Álava 12 septiembre 1996, AC 2482; Badajoz 3 septiembre 1996, AC 1512; Albacete 28 junio 1999, AC 5947.

²⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 678; DELGADO, *op. cit.*, pág. 224. Estas medidas, sin embargo, están en principio vedadas en caso de incumplimiento del precontrato; *vid.* por todos, ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial.*, Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 190.

²⁵⁷ Es la “coacción propulsiva del Derecho”, de la que habla IHERING, *El fin en el Derecho*, trad. esp., Heliasta, Buenos Aires, 1978, págs. 129 y ss.

²⁵⁸ En el sistema del Common Law no se concede al acreedor la *specific performance* más que en casos muy excepcionales, como solución *in equity*, de forma que el contrato no es verdadera fuente de la obligación de dar, hacer o no hacer, sino de una obligación de indemnizar cuando no se da, hace o no hace alguna cosa. Por eso se habla de “quebrantamiento del contrato” (*breach of contract*) y no de “inejecución de la obligación”. Sin embargo, tan rígidos principios están notablemente atenuados por las reglas de la *equity*, que efectivamente en ciertos casos permiten la *specific performance*. Para el tema en profundidad, *vid.* LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...* *cit.*, págs. 232 y ss.

²⁵⁹ Explica BADOSA cómo la doctrina europea mantendrá mayoritariamente una postura positiva, tendente a la admisibilidad de la ejecución forzosa (con citas de ALCIATUS, CUIACIUS, ZOESIUS, MOZZIUS, VINNIO, HILLIGERUS, HUBER, y en la doctrina castellana, COVARRUBIAS, D. PEREZ, Gr. LOPEZ, MATIENZO, PEREZIUS, GOMEZIUS, CAEVALLOS, HERMOSILLA) (*La diligencia...*, *cit.*, pág. 258, nota 25).

obligaciones dirigidas al *dare* o al *facere*²⁶⁰. Mientras las primeras cabe la condena ejecutiva al *dare* mismo (*praecise tenetur*), en las *obligationes faciendi* rige la norma *nemo potest praecise cogi ad factum*; y por ello, la sentencia se dirige sólo a la indemnización de daños, por lo que el deudor puede liberarse mediante la satisfacción de los daños e intereses²⁶¹. Es ya en Domat²⁶² donde encontramos claramente la idea, antigua por otra parte, de que, primariamente, el deudor viene obligado a realizar la prestación debida, y sólo secundariamente a reparar los daños en caso de incumplimiento. De tal manera, que se distingue entre la prestación originaria y la prestación del *id quod interest*²⁶³. Pothier se inclina de manera decidida por la admisibilidad de la ejecución forzosa de las obligaciones de dar, si bien en las obligaciones de hacer y no hacer niega la posibilidad de tal forma de ejecución, entendiendo que en virtud del principio *nemo potest praecise cogi ad factum*, tales obligaciones “se resuelven” en la obligación de daños e intereses²⁶⁴. Pero acertadamente se ha señalado ya que el motivo de esta absorción de la ejecución forzosa por parte de la indemnización, no está en que ésta ocupe el lugar de aquélla, sino en la imposibilidad de efectuar tal ejecución sin violentar el principio de libertad del deudor²⁶⁵. Lo cierto es que la puerta que Pothier deja abierta a la admisión de la ejecución forzosa es sumamente ampliada en el *Code*. En nuestro CC, el artículo 1096 la establece expresamente para las obligaciones de dar²⁶⁶. Y los artículos 1098 y 1099, presididos por el principio *nemo potest cogi ad factum*, admiten dicha ejecución forzosa, a costa

²⁶⁰ La distinción está ya en D. 45.1.2. pr., de Paulo: *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt*, y también en D. 44.7.3. pr., de Paulo: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum*. Justo es recordar que ambos textos de Paulo son glosas. Por lo demás, a la misma clasificación y distinción se refiere con detalle POTHIER, *Traité...*, cit., nº 146, 156 y 157.

²⁶¹ COING, *op. cit.*, I, págs. 547-548, y la bibliografía allí citada.

²⁶² DOMAT, *op. cit.*, I,1,3,§4., y I,2,§20, donde habla de un primer y segundo efecto del contrato. La idea, no obstante, tiene egregios precursores: MOLINAEUS: *Primaria obligatio est de eo quod principaliter, et per se debetur, et intenditur. Secundaria vero de eo quod in defectum principalis debetur* (*Extricatio Labyrinthis dividui et individui*, , en *Omnia quae extant opera*, t. III, Parisiis, 1681, Pars III, nº 3); en HERMOSILLA se distingue entre *obligatione primaeva*, *eamque DD. primitivam vocant*, *quae quidem ex contractus origine et pactione nascitur*, y *obligatione secundaria*, *quae ex culpa, aut dolo oritur* (*op. cit.*, t.I, Tit.II, L.V, Gl. III-IV, nº 7).

²⁶³ La idea se encuentra muy claramente en SÁNCHEZ ROMÁN, cuando explica: “No falta alguna tendencia doctrinal que para este caso, y huyendo de toda apariencia violenta, estima que debe ser sustituida la obligación por el *resarcimiento equivalente* de daños y perjuicios, pero con tal criterio se desnaturaliza, sin necesidad, la obligación, que es de entregar cosa, y no de indemnizar su valor, y se aplica el subsidiario resarcimiento de impropia manera, puesto que las obligaciones de dar, lo mismo que las de hacer, cuyo objeto preciso consiste en lo uno o en lo otro, únicamente se resuelven en las *subsidiarias* de indemnizar, cuando es en absoluto imposible su efectivo cumplimiento, en los propios términos en que fueron contraídas” (*op. cit.*, IV, pág. 86).

²⁶⁴ POTHIER, *Traité...*, cit., nº 156 y 157. Para las obligaciones de entregar un “cuerpo cierto”, nos dirá que si el deudor condenado por sentencia a dar la cosa tiene su posesión, el Juez, a requerimiento del acreedor, debe permitirle tomarla y entrar en su posesión (*en saisir*).

²⁶⁵ BADOSA, *La diligencia...*, cit., pág. 259.

²⁶⁶ Comentando su precedente artículo 1005 del Proyecto de 1851, nos dice GARCÍA GOYENA que “sin perjuicio de esta responsabilidad (por daños y perjuicios) puede el deudor ser compelido a la entrega de la cosa mientras exista” (*loc. cit.*).

del deudor. Lo que lleva a Badosa a concluir, acertadamente, que “podemos decir que la ejecución forzosa es un principio totalmente admitido en el CC español, con plena autonomía respecto de la reparación de los daños, que aparece regulada en una disposición distinta (los artículos 1101 y ss.) y presidido por el principio fundamental del *nemo cogi ad factum potest*”²⁶⁷. Pero, en todo caso, insisto, esa ejecución “a expensas” del deudor, en cualquiera de sus variantes (incluída la sustitución de la cosa genérica defectuosa por otra²⁶⁸), no es sino una acción de cumplimiento, que nada tiene que ver con la reparación de los daños y perjuicios que el incumplimiento (en este caso de ejecución forzosa, habrá que hablar de *mora*) irroga al acreedor.

En nuestra jurisprudencia, es casi tópica la STS 3 marzo 1978 [R. 759], que condenó a restituir la cosa dañada “por otra distinta y de condiciones análogas”, cuando establece que la forma de hacer frente a la responsabilidad “no puede quedar al arbitrio del agente productor del daño... de tal forma que goce de la facultad de elegir libremente entre reponer la cosa damnificada al estado que tenía con anterioridad al momento en que se le ocasionaron sus desperfectos, o sustituirla por otra distinta y de condiciones análogas a las que la objeto del debate, y que se pueda adquirir de segunda mano en el mercado”. Para decirlo en otras palabras, la obligación de reparar el daño causado no es nunca una obligación alternativa en la que el responsable pueda elegir entre una u otra forma de resarcimiento, ni una obligación facultativa, en la que el causante del daño venga obligado a entregar una prestación pecuniaria pero esté facultado para optar *in solutione* por la reparación en especie²⁶⁹.

3.5.3.- LAS EXCEPCIONES A TAL PREFERENCIA

3.5.3.1.- La facultad optativa de la víctima

Como venimos señalando, en nuestro ordenamiento²⁷⁰ es el perjudicado quien tiene la facultad de elegir entre la reparación en forma específica o el resarcimiento por equivalente. Facultad que sólo cesa en los casos excepcionales de imposibilidad o excesiva onerosidad a los que luego aludimos²⁷¹.

²⁶⁷ BADOSA, *La diligencia...*, *cit.*, pág. 261. Por otra parte, la larga evolución que hemos resumido en estas pocas líneas viene a compendiarse por HERNÁNDEZ GIL en los siguientes términos: “En el derecho romano clásico la exigencia procesal de la condena pecuniaria, impeditiva de la demanda judicial de la realización de la prestación originaria, trajo consigo el problema dogmático de integrar la obligación en un solo concepto, siendo distintas sus dos manifestaciones, pero este problema no se presenta de la misma forma en el derecho moderno y de un modo especial está ausente del derecho positivo español, ya que, en conjunto, tiende de un modo muy acusado a conseguir judicialmente una ejecución en forma específica, con lo que hay una esencial similitud entre la dimensión extrajudicial de la obligación y la judicial” (“En torno al concepto de la obligación”, Discurso inauguración curs 1981-1982 de la R.A.J.L., en Apéndice al *Derecho de obligaciones*, *cit.*).

²⁶⁸ En puridad, no hay tal “sustitución”, pues se trata de entregar “cosa genérica sin defectos”, y si se entregó cosa defectuosa, no se hizo sino incumplir la obligación dejando pendiente el cumplimiento correcto. Es el caso del artículo 11.3º de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios. *Vid. CARRASCO, loc. ult. cit.*

²⁶⁹ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pág. 540.

²⁷⁰ A diferencia de lo que sucede en el artículo 43 del Código de las Obligaciones suizo, donde tal facultad queda en manos del juez, según decíamos más arriba.

²⁷¹ Añade ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, pág. 181 “los casos en que la ley la prevé (*sic.*)” como otro supuesto en que no es aplicable la facultad de la víctima.

La elección de la reparación por equivalente no debe extrañarnos, pues aunque teóricamente la reparación *in natura* es el ideal, en la práctica no siempre sucede así y puede llegar a ser más eficaz o atractiva para la víctima la reparación indemnizatoria, pues en principio²⁷², la reparación en forma específica lleva consigo la participación directa del causante del daño en las actividades reparatorias, idea que puede no agradar especialmente al perjudicado²⁷³.

3.5.3.2.- Imposibilidad

En muchas ocasiones, la propia naturaleza del daño causado hace imposible la reparación del mismo en forma específica. Sencillamente, no es posible devolver las cosas a su estado primitivo, o colocar a la víctima en la situación que tendría de no haberse causado el daño.

A título de ejemplo, son supuestos de imposible reparación en forma específica los siguientes:

- La mayor parte de los daños corporales²⁷⁴.
- El lucro cesante. No así el daño emergente que, según los casos, puede ser reparado tanto *in natura* como por equivalente pecuniario.
- El daño moral.
- La pérdida o destrucción total de la cosa específica no fungible.
- La pérdida o destrucción total del género limitado.
- La adquisición de las cosas objeto de restitución por terceros de buena fe privilegiados por la irreivindicabilidad.

Tal imposibilidad puede tener origen fáctico o jurídico, y para ser tal, o sea, poder ser invocada por el responsable a fin de reparar por equivalente frente a una pretensión de reparación específica, debe revestir los siguientes requisitos y/o características²⁷⁵:

- a) Ha de tratarse de una imposibilidad definitiva, permanente.
- b) Poco importa, y el artículo 1184 del CC lo confirma, que la imposibilidad sea física (*interitus rei, amissio rei*) o jurídica (*el factum principis*, la prescripción o la irreivindicabilidad, por ejemplo²⁷⁶), de hecho o económica²⁷⁷.

²⁷² PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 453.

²⁷³ Ya hace años que en *La responsabilidad civil del médico*, *cit.*, pág. 237 indiqué que, en el caso de la Medicina, esa participación del profesional causante de los daños en la reparación puede resultar especialmente gravosa y desagradable para la víctima, por lo que difícilmente estará conforme un paciente víctima de un acto de culpa médica en que el mismo facultativo que le causó el daño vuelva a intervenir en su cuerpo, para “reparar” el daño causado! Sobre las ventajas prácticas de la reparación por equivalente, DE CUPIS, *op. cit.*, págs. 830 y ss.

²⁷⁴ “No puede devolverse la vida que se le haya arrancado a la víctima; el brazo que se le haya cortado está perdido definitivamente. Se está en ello ante lo irreparable, al menos ante lo irreparable en especie. Ocurre así igualmente con todo daño moral; nada borra el dolor; el hombre es impotente en este terreno” (MAZEAUD, H. Y L. - TUNC, A., *op. cit.*, pág. 490). Se dice que, en tales casos, ni el dinero siquiera “repara” el daño pues su utilidad es cero: PINTOS AGER, J., *Baremos, seguros y derecho de daños*, *cit.*, pág. 89.

²⁷⁵ Sobre la cuestión, es inexcusable referirse al estudio de los requisitos y etiología de la imposibilidad en ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, *cit.*, págs. 73 y ss., que adaptamos debidamente aquí a la obligación reparatoria de los daños y perjuicios.

c) Mayor trascendencia jurídica tiene el supuesto de la imposibilidad *parcial*, o sea, la que no incide sobre la total prestación, sino sólo a una parte de la misma, sea una fracción (sólo se pueden entregar 60 de los 100 aparatos de televisión destruidos por una explosión en la fábrica), sea una de las varias prestaciones heterogéneas conectadas entre sí (llevó los materiales a la obra, pero no puedo ejecutar la misma por la huelga de mis trabajadores)²⁷⁸. En tal caso, el gobierno de la situación queda totalmente a expensas de la voluntad del acreedor, cuyo interés tutela el ordenamiento: 1º) Cuando dicho acreedor lo deseé, puede obtener la reparación específica parcial, si es que ésta todavía satisface su interés. Pero en tal caso, el resto de la reparación, o sea, la parte cuyo cumplimiento específico devino imposible deberá transformarse en el equivalente pecuniario. 2º) Si a causa de la imposibilidad de una parte de la reparación *in natura*, la realización del resto no satisface ya el interés del perjudicado, podrá éste optar por el íntegro resarcimiento por equivalente.

d) La imposibilidad relevante a los efectos liberatorios o de *perpetuatio obligationis* es la de *carácter objetivo*, la imposibilidad en sí misma, la que afectaría a todo responsable²⁷⁹, y no la subjetiva, la que afecta sólo a tal o cual deudor, la individual, que se produce en la esfera de poder de un deudor determinado²⁸⁰. La imposibilidad que importa jurídicamente ha de consistir, como se ha señalado, en un acontecimiento que torna irrealizable la prestación comprometida, al margen de las concretas circunstancias del momento y con independencia de que se contemple la persona del deudor u otra persona²⁸¹. Sin embargo, a los efectos que aquí nos interesan, para excepcionar la regla general de la reparación *in natura*, puede ser relevante la imposibilidad de tipo subjetivo, cuando sólo el responsable sea física o jurídicamente

²⁷⁶ *Vid. MANRESA, J.M., Comentarios al Código Civil Español*, t. VIII, vol. I, 5^a de. Reus, Madrid, 1950, págs. 651 y 661 y ss.

²⁷⁷ *Vid. MEDICUS, op. cit.*, pág. 175.

²⁷⁸ *Vid. MEDICUS, op. cit.*, pág. 178; CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento...*, *cit.*, págs. 41 y ss.

²⁷⁹ Como explica GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, vol. 2º, t. 1º, Cedam, Padova, 1990, pág. 51, esta idea fue acuñada por la doctrina italiana ya bajo de vigencia del Código civil derogado, muy especialmente por OSTI, en su famosísimo trabajo “Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione”, *cit.* Así se incorporó al CC italiano de 1942, y así se sostiene por la práctica totalidad de la doctrina de aquel país, donde se han escrito verdaderos ríos de tinta en torno a la imposibilidad “objetiva y absoluta”, como ponen de relieve, por citar sólo algunos, el resto de los trabajos del propio OSTI anteriores a dicho Código, recogidos en sus *Scritti giuridici*, I, Milán, 1975, y posteriores al mismo (“Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni”, en *Riv. Trim. D. P. C.*, 1954, pág. 593). Y también BETTI, *Teoria generale...*, *cit.*, págs. 63 y ss.; *Cours de Droit Civil...*, *cit.*, pág. 94; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milán, 1955; MAJELLO, *op. cit.*, págs. 15 y ss.; GIORGANI, *L'inadempimento*, *cit.*, pág. 177; y por toda la obra de VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979. En España, se ha adherido a dichas tesis JORDANO FRAGA, *La responsabilidad...*, *cit.*, págs. 154 y ss., aunque ya ALONSO PÉREZ había señalado que “el verdadero concepto de imposibilidad entraña una situación objetivamente insuperable, aunque lo sea únicamente para un determinado deudor. Una obligación incumplida por razones imputables al deudor es una obligación con prestación posible” (*El riesgo...*, *cit.*, pág. 59).

²⁸⁰ BETTI, *Cours de Droit Civil...*, *loc. ult. cit.* *Vid.* también COTTINO, *op. cit.*, págs. 29 y ss. La distinción entre imposibilidad objetiva y subjetiva se encuentra ya formulada en D. 45.1.137.4 y 5, de Venuleyo, que hace separar el *impedimentum naturale* de la *difficultas dandi*. *Vid.* ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, *cit.*, pág. 60.

²⁸¹ CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, *cit.*, pág. 29. En las páginas siguientes de dicho trabajo puede verse una detenida exposición crítica del pensamiento de OSTI en torno al carácter objetivo de la imposibilidad.

capaz de reparar en forma específica. En tales casos, es bien conocida la impotencia jurídica para obtener tal reparación (*nemo potest cogi ad factum*), por lo que habrá que acudir al equivalente indemnizatorio.

Un supuesto absolutamente homologable a la imposibilidad de reparación *in natura* es aquel en que tal reparación es objetivamente posible, pero ya no es idónea para satisfacer el interés del perjudicado, en cuyo caso sólo cabrá acudir al remedio indemnizatorio por equivalente. Lo que sucede es que ese mecanismo de sustitución puede constituir, a su vez, una posible fuente de daños adicionales al perjudicado (por el llamado valor de afección de la cosa perdida, por ejemplo).

3.5.3.3.- Excesiva onerosidad

A.- La excepción en general

Ya hemos visto cómo todos los ordenamientos que contemplan explícitamente la reparación en forma específica, excepcionan a la misma los supuestos de excesiva onerosidad (*causa magnae difficultatis*)²⁸² o que, de manera más amplia, suelen comprenderse bajo la figura de la “desaparición de la base (causa) del negocio”²⁸³. El derecho de la víctima a verse indemne no puede conllevar un esfuerzo desproporcionado a cargo del responsable, máxime si existe un desequilibrio notable entre el (pequeño) interés que la conducta satisface y el (enorme) sacrificio que su realización representa para el deudor²⁸⁴. Con razón dice el TS que al deudor no se le puede exigir “la llamada *prestación exorbitante* para prevenir los daños o vencer dificultades que hubieran exigido sacrificios absolutamente desproporcionados”²⁸⁵.

Y ello ha de ser así porque la reparación en forma específica, en cuanto realización de una prestación -de hacer o de no hacer- “a costa” del deudor, no significa, sin embargo, “a toda costa”²⁸⁶. Por el contrario, nada impide al juez o tribunal el establecimiento de un límite cuantitativo a la valoración de esa ejecución forzosa, que posteriormente repercutirá sobre el patrimonio del deudor. Así se pronuncia la STS 12 julio 1991 [R.5382], en la que se recurría una sentencia que había fijado un límite económico a la realización de unas obras, entendiendo el recurrente que tal imposición implicaba el incumplimiento directo del artículo 1098, al sostener que una vez agotado aquel límite, las obras necesariamente quedarían incompletas o no coincidentes con la calidad a que se comprometió el demandado; y además, que si el repetido límite quedaba fijado varios años antes del momento de la ejecución efectiva de la sentencia firme, era seguro que las obras nunca podrían realizarse. Y señala el TS que “resulta

²⁸² Ya nos hemos referido, en este punto, al BGB y al CC italiano 1942.

²⁸³ Entre estos casos, mencionan PANTALEÓN y DÍEZ PICAZO la excesiva dificultad de la prestación, la destrucción de la relación de equivalencia, y la frustración del fin (*loc. cit.*).

²⁸⁴ MESSINEO interpreta la expresión *excesivamente onerosa* referida a la reparación *in natura* como “excesiva gravedad de lo que ha de hacerse efectivo, pero sin referencia a un término de comparación, cual es la contraprestación, y sin hacerla depender de eventos extraordinarios e imprevisibles; la excesiva onerosidad es, aquí, tomada en sentido absoluto (no comparativo), como onerosidad que sobrepasa los límites de lo normal (*op. cit.*, pág. 565).

²⁸⁵ STS 6 mayo 1994 (R 3888).

²⁸⁶ LACRUZ, *Elementos..., cit.*, pág. 513: “...no cabría obligar al culpable a la reposición o reparación si éstas resultan excesivamente onerosas en relación con el daño causado (reparación o reposición muy costosas de un objeto de escaso valor, pero que ya no se fabrica, ni sus piezas de repuesto)».

indiscutible que la fijación de un determinado montante cuantitativo en orden a la realización de unas obras concretas, en ningún modo puede estimarse como infracción del artículo 1098 del CC o interpretación errónea del mismo, y cosa bien distinta sería que en la fase de ejecución de sentencia se viesen confirmados los temores de la parte recurrente, pues en ese caso, y partiendo de una posible calificación de deuda de valor que cabría asignar a los límites cuantitativos señalados en la sentencia, sería allí, en la indicada fase, donde, en su caso, habría de plantearse el problema de su actualización en relación con los costos entonces existentes a fin de conseguir la adecuación entre obra a realizar y proyecto, pero es de insistir que la solución de tal problema, en el supuesto de presentarse, tendría que resolverse en la vía de ejecución". En idénticos términos el Auto AP León 22.6.1988), en el que se sustituía la condena a restituir la finca por una indemnización consistente en el valor real de la finca, por considerar que el coste de limpiar la finca, construir un muro de contención y otras medidas (300.506 €) resultaba desproporcionado y excesivamente oneroso para los demandados, ya que la finca estaba valorada en 697 €²⁸⁷.

Específicamente para las obligaciones negativas, la ejecución forzosa "deshacer lo mal o indebidamente hecho"²⁸⁸ puede resultar en ocasiones -muy especialmente en los casos de responsabilidad contractual por contravención- una medida excesivamente grave, a menudo demasiado perjudicial y, en ocasiones, incluso antieconómica. Por ello, esta facultad suele ser objeto de ponderación por los tribunales, mediante el recurso a la equidad, *ex artículo 3.2. del Código civil*. Lo que da lugar a una variada jurisprudencia, que no es exactamente contradictoria, sino más bien acomodada a las peculiaridades y circunstancias de cada caso, y a la verdadera entidad de tal contravención. En síntesis, puede afirmarse que los tribunales reservan la solución destructiva para los casos de auténtica frustración de la finalidad del contrato²⁸⁹. Por el contrario, no amparan el

²⁸⁷ El caso es comentado por LUNA YERGA Y OTROS, *op.cit.*, pág. 5. La Audiencia había estimado una acción reivindicatoria ejercitada sobre una finca donde la compañía minera demandada depositaba los escombros resultantes de la extracción de carbón. En el incidente de ejecución de sentencia, el JPI núm. 3 de León dictó un auto (18.2.1988), confirmado en apelación por el auto de la AP (22.6.1988), en el que se sustituía la condena a restituir la finca por una indemnización consistente en el valor real de la finca, con base en el art. 18.2 de la LOPJ. El JPI consideró que el coste de limpiar la finca, construir un muro de contención y otras medidas (300.506 €) resultaba desproporcionado y excesivamente oneroso para los demandados, ya que la finca estaba valorada en 697 €. El demandante recurrió en amparo el auto de la AP al considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. En amparo (STC 194/1991, de 17 de octubre), el TC desestimó el recurso contra el auto de la AP al considerar que «(...) tan constitucional es una ejecución de sentencia que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario» (F.J. 2º). Sostiene también el TC que «(...) corresponde al órgano judicial competente deducir las exigencias que impone la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles deben ser éstos y actuando en consecuencia, sin que sea función del Tribunal Constitucional sustituir a la autoridad judicial en este cometido» (F. J. 2º).

²⁸⁸ Solución que alcanza a los supuestos en que el deudor ejecuta mal la prestación, o de manera incompleta.

²⁸⁹ Así, la STS 19 abril 1977 (R 1658), en un caso de defectos constructivos, declara al artículo 1098 como precedente inmediato del 1591 del CC, cuya aplicación jurisprudencial ofrece un rico abanico de ejemplos acerca de la destrucción de lo deficientemente construido. Dicha sentencia ordena la total remoción de lo mal hecho y su sustitución aunque no se hayan producido aún todas las previsibles consecuencias y sólo haya resultado afectada una parte de la construcción, "sin que pueda quedar supeditado tal cumplimiento forzoso a que la defectuosa realización de la obra... haya ocasionado desperfectos en todas las plantas del edificio en cuestión, pues tal exigencia no viene impuesta por el

ejercicio abusivo de la facultad destructiva, cuando entienden que no ha existido verdadera frustración de la finalidad contractual, o cuando la medida resulta excesivamente gravosa u onerosa²⁹⁰.

La excesiva onerosidad suele citarse como una forma de imposibilidad²⁹¹. Y en cierto modo es así, pues la imposibilidad no debe entenderse en términos absolutos, sino como dice Alonso Pérez²⁹², en el plano normal en que se desarrollan las relaciones humanas; y en este plano, es obvio que la excesiva onerosidad puede considerarse en determinados casos como un obstáculo invencible que se opone al cumplimiento. Ello sólo es cierto y aplicable a estos efectos de mera responsabilidad civil y reparación del daño causado, pues en sede de extinción-perpetuación de la obligación, la adecuada tutela del interés del acreedor conduce a que la imposibilidad de prestar se revele como un *plus* respecto de la mera dificultad de prestar, y también como algo más que la excesiva onerosidad de la prestación²⁹³.

B.- ¿Quid respecto del enriquecimiento injusto?

Existe un supuesto especial de excesiva onerosidad de la reparación en forma específica, que se produce en aquellos casos en que dicha reparación deja a la víctima en una situación más favorable a la que tendría si no se hubiera producido el daño y su reparación. En efecto, en la medida en que el perjudicado “queda mejorado” tras la reparación, y por tanto es beneficiario de un enriquecimiento sin causa, es forzoso concluir que ello no constituye más que un caso específico de excesiva onerosidad, pues se está gravando al responsable con un esfuerzo reparatorio que va más allá del daño que irrogó.

Tal sucede muy a menudo en los casos en que se pretende la sustitución de un bien que ya se encuentra sensiblemente deteriorado o desgastado por el uso, mediante otro necesariamente nuevo. O cuando la reparación misma en forma específica va acabar dejando el objeto mucho mejor que estaba. En ambos casos, la reparación del daño supone un enriquecimiento de la víctima.

citado artículo 1098, que sólo contempla para su aplicación el incumplimiento de lo pactado -en la forma que el artículo 1258 establece- de la obligación de hacer que proceda”.

²⁹⁰ Así, la STS 27 octubre 1987 (R 7308), contempla un supuesto en el que existía un problema con los ladrillos “cara vista” empleados en el revestimiento de un patio interior de un edificio, cuya comunidad de propietarios demandó a promotora, arquitecto y aparejadores. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, con estimación de la demanda, condenó a la promotora a “efectuar las obras precisas para la reparación” del defecto. La Audiencia Territorial de Zaragoza, sin embargo, entendió que se trataba de un defecto “de imposible reparación”, condenando al pago de una indemnización en la cuantía que desmereciese o infravalorase el inmueble, cuyo criterio confirmó el TS.

²⁹¹ ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, pág. 182: “...puede ocurrir que la reintegración sea imposible, porque requiera inversiones muy costosas...”

²⁹² ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, *cit.*, pág. 72.

²⁹³ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad...*, *cit.*, págs. 159 y 318. En ésta última señala: “La frontera entre imposibilidad y excesiva onerosidad viene dada, pues, porque los medios necesarios para cumplir ante el impedimento sobrevenido sean anormales o extraños al contenido de la prestación, o, por el contrario, sean los normales pero encarecidos (excesivamente) en su costo. En tanto la imposibilidad liberatoria supone la extinción de la obligación, la resolución por excesiva onerosidad presupone su subsistencia, ofreciendo, precisamente por ello, el remedio de la resolución (a instancia del deudor, no automáticamente), resolución que puede ser evitada con la equitativa modificación de las condiciones del contrato ofrecida por el acreedor”. En contra, CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento...*, *cit.*, pág. 39.

Pues bien, en aplicación del principio *pro damnato* que nadie suele invocar en este contexto, hago mía la opinión de la doctrina²⁹⁴ y bastante extendida en las audiencias provinciales (y también en alguna STS), según la cual cuando la reparación suponga una mejora del objeto dañado (usado) en relación con el estado en que se encontraba, deberá moderarse la suma (o sea el importe de los gastos de reparación objeto de reembolso) a fin de no enriquecer injustamente al acreedor del resarcimiento²⁹⁵. Y si la cosa usada no tiene equivalente en el mercado (necesariamente, de segunda mano), se produce la llamada “deducción nuevo por viejo”, es decir, habrá de entregarse una cosa nueva, pero como la que se dañó fue una usada, la diferencia de valor habrá de ponerse a cargo del perjudicado²⁹⁶, con lo que, de no convenirle, habrá de conformarse con un resarcimiento en forma de indemnización, calculada ésta conforme al valor que la cosa usada tenía.

C.- Costes de reparación y valor venal

Existen dos tipos de daños en los que esta excesiva onerosidad se pone de relieve de manera evidente, y se entrecruza con el enriquecimiento injusto del perjudicado al que aludimos: Uno de ellos, en relación con los daños materiales derivados de accidente de circulación, en aquellos supuestos en que el coste de reparación supera el valor (venal) del vehículo, donde nadie duda que hay que acudir a la indemnización pecuniaria, aunque todo son dudas y contradicciones a la hora de establecer el adecuado importe de la misma, y a partir de qué exceso se aplica la regla. Y el otro, en los casos de vicios o defectos constructivos en los edificios, cuando la pretensión reparatoria en forma específica implica un coste elevadísimo, en ocasiones superior al del propio edificio defectuoso. Unos y otros han dado lugar a larguísima doctrina en la jurisprudencia, sobre todo de las audiencias provinciales, dada la dificultad de acceso a la casación cuando lo que se discute es exclusivamente la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, pues en tal caso sólo es posible mediante la discusión de las bases aplicadas para fijar dicha cuantía²⁹⁷.

La cuestión, como acertadamente se ha señalado, involucra el problema de la función y alcance del Derecho de daños. Como observa Carrasco, “si el coste de reparación es el relevante, y no el valor venal, el Derecho de daños está llamado a cumplir funciones de reintegración específica y no una simple función de compensación del valor en cambio de los bienes sustraídos al mercado; lo decisivo será entonces el valor del uso que el bien comporte para su dueño, y no su precio en el mercado, que acaso no tenga ya (vgr., un vehículo de veinte años)”.²⁹⁸

²⁹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pág. 478; LUNA YERGA, Á y otros, *op. cit.*, pág. 6.

²⁹⁵ SSAP Burgos 24 enero 2000 (AC 2754); Asturias (Secc. 5^a) 22 mayo 2003 [BD457763/2004], que reduce el valor de reparación del vehículo en un 20% por el aumento de valor del vehículo a consecuencia de las piezas nuevas utilizadas.

²⁹⁶ Tal es la solución que aplica la STS (Sala 4^a) 17 junio 1987.

²⁹⁷ Sobre el tema, puede verse CARRASCO PERERA, “Reparación del daño en forma específica”, *Aranzadi Civil* 1998, págs. 11 y ss.; LUNA YERGA, y otros, *loc. cit.*

²⁹⁸ CARRASCO PERERA, *loc. ult. cit.*, pág. 13.

En relación con los daños causados a los vehículos, el estado de la cuestión puede resumirse como sigue:

1º) No existen criterios fijos, automáticos ni, sobre todo, uniformes, que permitan resolver la cuestión de manera general, sino que es necesario tomar en consideración las circunstancias que concurren en cada caso concreto y que pueden hacer que un mismo criterio no responda a las razones de equidad y equilibrio entre el principio de reparación integral y la proscripción del enriquecimiento injusto, que debe presidir la fijación de este tipo de indemnizaciones²⁹⁹.

2º) Existen, al menos, tres aspectos de hecho que deben ser apreciados en cada caso, y que acaban condicionando el resultado indemnizatorio³⁰⁰: a) Las características del vehículo determinantes de su valor venal, entre las que ha de destacarse principalmente su antigüedad. b) El alcance de los daños al vehículo, que va a determinar el importe del coste de reparación y un eventual exceso respecto del valor venal. C) Si se ha efectuado la reparación del vehículo (*in natura*) o, en cambio, se ha optado por la indemnización dineraria por equivalente, al no ser posible la reparación o no convenir al interesado.

3º) Ya va siendo una constante en la doctrina de las audiencias que excluye la reparación *in natura* del vehículo (consistente en el reembolso de los gastos de reparación)³⁰¹, cuando el coste de reparación supera alguno de los límites siguientes (aquí no hay tanta unanimidad)³⁰²:

- El valor de reposición del bien o valor de mercado, siempre superior al mero valor venal: SSAP Asturias (Secc. 6^a) 3 febrero 2003 [BD432258/2003]; Córdoba 8 octubre 2001; Lugo 15 enero 2001; Santa Cruz de Tenerife 5 febrero 2000; Huesca 24 noviembre 1998 (AC 2475); Álava 30 junio 1998

²⁹⁹ SAP Zamora 26 junio 2003 [BD449727/2004], que alude a dicho principio de reparación integral como *restitutio in integrum*, error frecuente en la jurisprudencia.

³⁰⁰ *Vid. MARTÍN PÉREZ, J.A.*, “Indemnización de daños materiales en vehículos: valor venal o coste de reparación”, *Estudios de Jurisprudencia sobre Daños*, dir. E.Llamas, La Ley, Madrid, 2006, pág. 346. Sobre el tema, también, ARQUILLO COLET, B., “El valor venal como límite de la indemnización. Comentario a la STS de 23 de octubre de 2002”, *Indret*, 2/2003.

³⁰¹ Aunque no siempre:

Según la SAP Barcelona (Secc. 14^a) 18 marzo 2003 [BD457384/2004], procede abonar el importe de la reparación del vehículo a pesar de que es tres veces superior a su valor venal y casi el doble del de sustitución con el argumento de que “el fin de la indemnización es conseguir que el patrimonio del lesionado quede por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o equivalente al que tenía antes de haberse sufrido el daño”.

Y la SAP Asturias (Secc. 6.^a) 10 marzo 2003 [BD443772/2004] considera que: “De otorgarse el valor venal del vehículo, nunca se podría adquirir un vehículo similar al siniestrado en el mercado de coches usados o de segunda mano, porque éste resultaría en todo caso de mayor coste que el tasado como valor venal, lo que no es posible por vulnerar el principio de indemnidad total que debe perseguirse en esta materia”.

La SAP Pontevedra (Secc. 2^a) 30 enero 2003 [BD417034/2003] afirma: “Primordialmente, ha de tenderse a la reposición o restitución del objeto dañado, mediante el abono del importe de la reparación, siempre que ésta sea posible, sin que pueda quedar al arbitrio del obligado la forma de hacer frente a su responsabilidad, optando por el abono del valor de adquisición de un vehículo de características semejantes al siniestrado, valor venal, en lugar de abonar el valor de reposición que interesa el perjudicado”.

³⁰² Seguidamente actualizo y completo los datos y soluciones que sistematizaban LUNA YERGA, y otros, *loc. cit.*

- (AC 1065); Navarra 20 febrero 1998 (AC 3443); Vizcaya 17 noviembre 1997 (AC 2423); Navarra 1 junio 1996 (AC 1193);
- El valor venal del bien: SAP Granada. (Secc. 3^a) 18 marzo 2003 [BD456589/2004]; Vizcaya 7 abril 1998 (AC 1175);
 - El valor venal del bien incrementado en el llamado valor de afección, que suele cifrarse en un 20 ó 30%, según los casos: SSAP Guadalajara. 26 mayo 2003 [BD462053/2004], que lo llama “valor de aflicción”; Barcelona. (Secc. 16.^a) 11 julio 2003 [LL462498/2004]; Alicante (Secc. 7^a) 4 febrero 2003 [BD419053/2003] (que al valor de afección le suma otra cantidad para encontrar un vehículo de sustitución); Madrid (Secc. 11^a) 7 enero 2003 [a372/2003]; Ávila 29 enero 2003 [BD424158/2003]; Les Illes Balears (Secc. 5^a) 15 enero 2003 [BD424663/2003]; Lugo 15 enero 2001 (AC 558); Badajoz 2 marzo 1998 (AC 406); y 11 noviembre 1996 (AC 1171);

4º) Otras audiencias (Asturias, Valladolid, Cuenca³⁰³, Sevilla, en general) acogen en todo caso la pretensión de reembolso de los gastos de reparación, siempre y cuando:

- a) El perjudicado efectivamente repare el vehículo, para evitar que lo mande a desguace y se quede con el importe de la reparación, para adquirir uno nuevo, lo que a juicio de la jurisprudencia, supondría un enriquecimiento³⁰⁴. Sin embargo, tiene razón Pantaleón cuando afirma que quien obtiene un indemnización basada en el coste de reparación de una cosa, no tiene porqué emplearla en repararla³⁰⁵.
- b) Y el valor de reparación no supere en dos o tres veces (según los casos) el valor venal del vehículo³⁰⁶.

5º) Y otras sentencias optan por entregar al perjudicado el “valor medio” entre el coste de reparación y el valor venal del vehículo (SAP Barcelona, Secc. 14.^a 22 julio 2003 [BD462445/2004]; Málaga, Secc. 6^a, 15 enero 2003 [BD414045/2003])), o el “valor de uso” (SAP Cádiz. Secc. 8.^a 21 abril 2003 [BD462374/2004]); o deduciendo el valor de los restos (AP Zamora 26 junio 2003 [BD449727/2004]).

3.5.4.- LAS FORMAS DE REPARACIÓN *IN NATURA*

3.5.4.1.- Reposición mediante obligación de hacer del responsable o de un tercero a su costa

Siempre que ello sea posible, lo que no sucederá en los supuestos de pérdida total de las cosas dañadas, cabrá acudir a la reparación de los daños causados mediante una conducta positiva del responsable, o de otro a su cosa, tendente a restaurar o recomponer los bienes dañados, incluso mediante la aportación de piezas o elementos de reemplazo, y en todo caso bajo la supervisión de peritos que garanticen la correcta devolución de las cosas a su estado inicial. Tal reparación mediante obligación positiva

³⁰³ SAP Cuenca 22 mayo 2003 [BD451526/2004]

³⁰⁴ STS (Sala 2^a) 15 octubre 1986 y SSAP Valladolid. (Sección 3^a) 9 junio 2003 [BD449884/2004]; Asturias (Sección 4^a) 13 enero 2003 [BD425982/2003]; Les Illes Balears (Secc. 5^a) 15 enero 2003 [BD424663/2003];

³⁰⁵ PANTALEÓN, “Comentario al artículo 1902 del CC”, *cit.* pág. 2002.

³⁰⁶ SSAP Sevilla (Sección 6^a) 31 marzo 2003 [BD457141/2004] y Sección 5^a 27 febrero 2003 [BD457136/2004]; Asturias (Sección 6^a) 3 marzo 2003 [BD443766/2004];

puede tener como contenido también la eliminación directa de la fuente de daños y todo tipo de obligaciones de hacer. Por citar los ejemplos clásicos, puede consistir en “rellenar las obras de excavación realizadas en terreno ajeno, la reconstrucción del muro derruido o del edificio incendiado, la sustitución del cristal roto en una ventana por otro nuevo, el volver a colocar un objeto del lugar de que se quitó”³⁰⁷, etc.

Sin embargo, esta forma de reparación contará a menudo con una importante limitación en la propia voluntad del perjudicado: muy a menudo éste no deseará que sea el propio dañador quien (nuevamente) intervenga en modo alguno en las cosas dañadas, pues su desconfianza hacia la pericia, diligencia, habilidad o medios del responsable será más que razonable. Y no digamos si el daño ha recaído sobre bienes o derechos especialmente delicados: recuérdese el ejemplo del cirujano negligente deseoso de “arreglar” las consecuencias que su imperita actuación tuvo sobre la integridad física del paciente, al que aludíamos más arriba. Ningún problema ofrece tal limitación, cuando hemos dejado clara la libertad de opción del perjudicado por la forma de reparación.

Sin desconocer que en los supuestos de ruina de los edificios o defectos constructivos, la jurisprudencia a menudo ha venido confundiendo la ejecución forzosa de la obligación de hacer defectuosamente cumplida en los términos del artículo 1098 del CC, con una verdadera reparación de daños en forma específica³⁰⁸, no deja de ser interesante la discusión en torno a si el perjudicado por los daños (adquirente del inmueble) puede pretender directamente la condena del promotor, constructor o técnico responsable al pago de la cantidad presupuestada para la reparación (ya realizada o por realizar), o si previamente ha de condenarse al responsable a la reparación *in natura* por sus propios medios, de modo que la condena pecuniaria sólo se produce de forma subsidiaria en caso de incumplimiento o retraso de dicha ejecución directa³⁰⁹.

Inicialmente, el TS vino sosteniendo que no está obligada a la indemnización de los costes de reparación la constructora a la que no se dio conocimiento de la existencia de esos defectos, incluso a pesar de que la ejecución de las obras reparadoras de los defectos tenían carácter urgente³¹⁰. Más recientemente, sin embargo, la STS 27 noviembre 2007 (LL 193571/2007) estudia de nuevo el problema, para casar y revocar la sentencia anterior de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que había aplicado tal doctrina. En cuanto a la posible prevalencia de la reparación *in natura* respecto de la reclamación directa de la indemnización sustitutoria, argumenta que “la norma legal no exige que se solicite un cumplimiento en forma específica”, y que no puede otorgarse, como regla general, rango preferente a aquélla frente a ésta, so pena de conceder a los demandados, “el privilegio de llevar a cabo por sus propios medios unos trabajos de

³⁰⁷ DE CUPIS, *op. cit.* pág. 813.

³⁰⁸ Ello no obstante, todavía la STS 20 junio 2007, con cita de las SSTS 7 de mayo de 2002 y 27 de septiembre de 2005, afirma que “no cabe cuestionar que el principio indemnizatorio está presente en el artículo 1591 del Código Civil, o, en otros términos, que el resarcimiento económico del daño causado en concepto de responsabilidad civil es coherente con el efecto jurídico normativo del artículo 1591 del Código Civil. La dicción literal del referido precepto habla, en efecto, de “responder de los daños y perjuicios”.

³⁰⁹ CARRASCO PERERA, “Reparación del daño en forma específica”, *cit.*, págs. 22 y ss.

³¹⁰ STS 8 febrero 1984 (R. 836), comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ, CCJC 39. También la STS 17 marzo 1995. Tal doctrina fue objeto de consideraciones críticas por CARRASCO PERERA, *loc. ult. cit.* Y más recientemente, la STS 27 septiembre 2005.

reparación que previamente se han abstenido de realizar eficazmente"³¹¹. Reconoce el TS que "en determinados supuestos se ha señalado la solución contraria, a saber, que la posibilidad de instar la reclamación directa de la indemnización pertinente es una excepción a la regla general del artículo 1098 del Código Civil"³¹² -reparación "in natura-. Ahora bien, aun en estos casos, se ha mantenido la procedencia de la pretensión resarcitoria por equivalencia, por concurrir una serie de circunstancias, cuales son, el requerimiento previo de realización al deudor, que éste lo incumpla voluntariamente, y que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales".

Esta última doctrina, por lo demás, me parece mucho más coherente con el principio que venimos proclamando, según el cual la elección de la forma de reparación corresponde al perjudicado.

3.5.4.2.- Reposición al estado anterior mediante obligación negativa

Es conocida, y he aludido a ella más arriba, mi posición en relación con los supuestos de tutela inhibitoria del daño. Se trata de una institución que forma parte del Derecho de daños pero distinta de la responsabilidad civil. Vengo sosteniendo que se ha producido una bifurcación del Derecho de daños, que reserva el remedio reparatorio propio de la responsabilidad para el daño ya irrogado, mientras que para el daño amenazante despliega el mecanismo de dicha tutela inhibitoria³¹³. Por ello, sin negar que teóricamente es posible reparar daños mediante obligaciones de no hacer, reconozco que en la mayor parte de los casos no se tratará de reparación propiamente dicha, sino de mera tutela inhibitoria (orden de cese de determinadas actividades dañosas o prohibición de acometerlas) enmascarada en una acción de responsabilidad civil, y que tales supuestos de auténtica reparación mediante obligación negativa resultan difícilmente imaginables y escasos.

3.5.4.3.- Restitución de las cosas

La devolución de las cosas a la persona que las poseía, cualquiera que fuera el título por el que lo venía haciendo, pues eso es la restitución³¹⁴, ha merecido ciertamente escasa atención en la doctrina, al menos como forma de reparación. Es lógico que así sea, no tanto por motivo de que para los penalistas resulte "evidente" y para los civilistas exige el manejo de textos "inusuales" como el CP la LECr³¹⁵, sino porque la restitución de la cosa a su poseedor no es, propiamente, responsabilidad civil ni reparación de daño, al menos de forma general. Las numerosas y rancias acciones

³¹¹ En el mismo sentido, la STS 7 de mayo de 2002.

³¹² Otra vez, la confusión entre cumplimiento e indemnización.

³¹³ Me remito nuevamente al trabajo "La otra cara del Derecho de daños...", *cit.*

³¹⁴ Así se define por YQUIERDO TOSADA, quien efectúa un agudo y minucioso examen de la restitución en su *op. cit.*, págs. 466 y ss.

³¹⁵ Tales motivos observa PARRA LUCÁN, "El tercero obligado a restituir la cosa. Acción civil en el proceso penal: declaración de nulidad de títulos por la jurisdicción penal e indemnización de daños (A propósito de la STC 278/1994, de 17 octubre)", *D.Pr.y Const.*, nº 5-1995, pág. 311.

tuitivas de la propiedad y la posesión en nuestro Derecho lo desmienten con contundencia.

Sucede, sin embargo, que en determinados supuestos de mera causación de daños, en los que no hay controversia jurídica sobre la propiedad o la posesión, como sucede especialmente en el caso de los delitos contra la propiedad, la reparación de tales daños pasa, de manera esencial, por la restitución de la cosa sustraída, apropiada, robada, etc. Así lo establece el artículo 111 del CP, incluso “aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe”, si bien añade la excepción de las adquisiciones *a non domino* de carácter irrevindicable³¹⁶.

La clave de la distinción entre las acciones reales y la acción personal de responsabilidad civil se pone de relieve por Díez-Picazo, cuando recuerda que acciones como la reivindicatoria están establecidas para proteger derechos absolutos, cumpliendo una función de reintegración de los derechos subjetivos lesionados, mientras que la acción de responsabilidad civil es estrictamente reparatoria o indemnizatoria, razón por la cual para que ella prospere no se requiere la violación de un derecho subjetivo sino que se afecte un interés lícito de la víctima³¹⁷. Razona Bonvicini³¹⁸ que la restitución de un bien determinado sustraído a la esfera de disponibilidad de la persona que tiene sobre él un derecho, no es un modo de satisfacer la obligación derivada del daño (obligación de resarcimiento) ni una forma coactiva de realizar la prestación originaria, como sucedería en el caso del contrato de depósito. Es más bien el restablecimiento del estado de cosas anterior al hecho ilícito (“penal o civil”, según aquella vieja concepción de la responsabilidad civil) que actúa mediante el retorno en posesión de las cosas muebles sustraídas, o mediante la reintegración en posesión de los inmuebles.

3.5.4.4.- Sustitución del objeto

En los casos en que el daño consiste en la pérdida o un deterioro sustancial de la cosa, ya no cabrá el ejercicio de acciones reales, pues nada queda por reivindicar. Y en consecuencia, sólo cabrá acudir a la acción personal de responsabilidad civil. Y en este caso, la forma de reparación primaria será la sustitución por otra “idéntica”. En este último epíteto se encuentra la clave del asunto, que obliga a enfocar el problema desde las diferentes clases de bienes.

La regla de cumplimiento *in natura* es perfectamente aplicable a las obligaciones de dar cosa “indeterminada o genérica”, cuyo objeto es, en efecto, indeterminado, “pero es cierto y determinado el género de donde él debe tomarse”, como señala Pothier³¹⁹, y en último caso, siempre podrá cumplirse tal obligación reparatoria “a expensas” del deudor (artículo 1096.2º del CC), mediante la adquisición de la cosa en el mercado y el

³¹⁶ No es éste el lugar oportuno para examinar el problema, para el que remito a los trabajos esenciales de MIKEL GONZÁLEZ, J.M., *La posesión de los bienes muebles*, Madrid, 1979; y “Notas sobre el artículo 464 del CC y la reciente jurisprudencia”, *ADC* 1999, págs. 565 y ss. Sobre la interpretación y alcance del mencionado artículo 111 del CP, es inevitable la consulta de SAINZ-CANTERO CAPARROS, *op.cit.*, págs. 113 y ss.

³¹⁷ DÍEZ - PICAZO, *Derecho de daños*, *cit.*, pág. 291.

³¹⁸ BONVICINI, *op.cit.*, pág. 321

³¹⁹ POTHIER, *Traité...*, *cit.*, nº 142. En el mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, A., “Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria”, en *R.G.L.J.*, 1958, II, págs. 3 y ss.

traslado del importe al patrimonio del responsable. Pero es unánime la opinión doctrinal que se inclina por facultar al acreedor para pedir la entrega directa de la cosa genérica, si la misma se encuentra dentro del patrimonio del dañador. Es una manera de cumplir la obligación “a expensas” del deudor. Y únicamente cuando dicho género no se encuentre a disposición del deudor, se podrá adquirir la cosa a costa de éste³²⁰.

Si se trata de cosa específica fungible, o de bienes de consumo como los que abundan en el mundo actual de la producción en masa, caracterizados por su homogeneidad, la solución es bien sencilla: habrá que entregar otro bien de iguales características y cualidades, un reloj, un computador o una motocicleta de la misma marca y modelo que la que se perdió. Pero incluso cuando no exista tal homogeneidad siempre podrá acudirse (con la anuencia de la víctima, claro está) a otro bien semejante que satisfaga igualmente el interés del perjudicado.

3.5.4.5.- Reembolso de gastos e inversiones

Entre las formas de reparación en forma específica, menciono en último lugar el reembolso de los gastos e inversiones que hubo de realizar el perjudicado con motivo del hecho dañoso. Podría pensarse que se trata de una figura híbrida entre dicha reparación *in natura* y la indemnización pecuniaria, o incluso que, decididamente, entra dentro de esta última categoría. Sin embargo, el hecho de que tal reembolso se verifique siempre mediante la entrega de metálico, ello no debe equivocarnos: no es otra cosa que reparación en forma específica, puesto que se trata de reponer directamente el numerario que salió del patrimonio de la víctima a consecuencia de la conducta dañosa del responsable. Nótese que en tal supuesto no hay que establecer ninguna relación de equivalencia entre daño-indemnización, sino que sencillamente se restituye a su origen aquello que indebidamente salió del patrimonio del perjudicado. Y por tanto, es pura reparación específica.

Tal reparación ha de conectarse con el deber de la víctima de aminorar o evitar el agravamiento del daño, lo que casi siempre exige la inversión o el gasto de recursos económicos, cuyo reembolso no persigue otra cosa que restablecer el equilibrio patrimonial roto.

3.6.- LA INDEMNIZACIÓN O PRESTACIÓN DEL *ID QUOD INTEREST*

3.6.1.- Naturaleza de la obligación indemnizatoria

En los supuestos en que por libre decisión o elección de la víctima del daño, por imposibilidad o por excesiva onerosidad, no resulte aplicable la reparación en forma específica, no queda otro remedio que el *resarcimiento* del perjudicado a través de una *indemnización* sustitutiva, que ya no tiene como finalidad genuina el retorno de la víctima a la situación que tenía (o que habría tenido) en caso de no producirse el daño, sino la compensación de dichos perjuicios mediante la entrega de una cantidad de dinero. Hay una especie de sustitución o subrogación dentro del patrimonio (también el llamado patrimonio “espiritual”) del perjudicado, al cambiar el interés lesionado por su equivalente en dinero.

³²⁰ MARTÍN PÉREZ, A., Comentario a los artículos 1088 a 1099 (excluidos el 1092 y 1093), en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T.XV, vol. 1º, Edersa, 1989, págs. 283 y ss., y la bibliografía allí citada.

Así, dicha suma de dinero se considera el “equivalente pecuniario” del perjuicio sufrido o, menor dicho, del interés lesionado. Tiene razón el agudo R. de Angel cuando afirma que esta reparación por equivalente pecuniario “es la indemnización propiamente dicha. Partiendo de la base de que el dinero es un medio apto para satisfacer o reponer todo tipo de intereses, el resarcimiento por el equivalente consiste en el pago de una suma pecuniaria que juega a modo de valoración o precio del daño ocasionado”³²¹.

Es muy importante destacar, a fin de precisar conceptos, que cuando aquí hablamos de “equivalente”, no nos estamos refiriendo al mismo en sede de cumplimiento, o ejecución, si se prefiere, de la obligación; sino al equivalente como forma de resarcimiento o reparación contrapuesta a la “reparación *in natura*” o “reparación natural”. Estas dos distintas formas de concebir el equivalente son las que, desde el punto de vista procesal, establece Carreras³²², cuando distingue entre dos tipos de sanciones pecuniarias: 1º) Las “perfectamente equivalentes”, que tienden a restablecer el desequilibrio patrimonial producido, valorando *con exactitud* el objeto de la prestación incumplida, y determinando con perfecta equivalencia lo que ha de pagar el que incumplió. Es lo que vengo llamando cumplimiento por equivalente. 2º) Las “imperfectamente equivalentes”, que no toman como módulo el objeto de la prestación incumplida, sino la lesión subjetiva producida en el patrimonio del perjudicado. O sea, la indemnización de daños y perjuicios. ¿Qué otra cosa es el equivalente pecuniario de la prestación que la exacta valoración del objeto de la prestación incumplida? ¿Qué otra cosa es la indemnización, sino la reparación de la lesión subjetiva producida en el patrimonio del perjudicado? El equivalente que aquí nos interesa, insisto, no es el que constituye una forma de ejecutar o cumplir una obligación cuya prestación ha devenido imposible o inidónea, a fin de satisfacer el interés que el acreedor tenía en su cumplimiento, sino el que viene a compensar o a sustituir el interés lesionado en vía contractual o extracontractual.

Por otra parte, ha de quedar claro que hablamos en todo caso del equivalente *pecuniario* de la prestación incumplida. Cualquier otra forma de “equivalente”³²³ que no suponga la traducción a dinero del interés de la víctima, no podrá considerarse *indemnización* en sentido estricto, sino mera reparación en forma específica, cuando deba incluirse en otra categoría de remedios del acreedor frustrado ajenos a la responsabilidad civil y a la reparación de los daños.

3.6.2.- Indemnización por equivalente y compensación satisfactiva

³²¹ DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., *op. cit.*, pág. 904. Por su parte, enseña DE CUPIS que “la medida del interés lesionado, y por tanto, el daño, a efectos del resarcimiento, tiene carácter pecuniario,..., por lo que el resarcimiento consiste en la prestación al perjudicado de una suma de dinero igual a tal medida pecuniaria, adecuada para originar, como hemos referido, una situación económicamente equivalente a la comprometida” (*op. cit.*, pág. 748).

³²² CARRERAS, J., *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 66 y ss. En realidad el planteamiento de dicho autor no es sino el trasunto procesal de la distinción que he venido manteniendo entre equivalente pecuniario e indemnización de daños y perjuicios. Aunque terminológicamente se utilice la expresión “equivalente” para ambas cosas, modificando su adjetivación, como perfecto o imperfecto.

³²³ MAZEAUD, H. Y L. - TUNC, A., *op. cit.*, págs. 496 y ss. hacen referencia a un “equivalente no pecuniario”, y mencionan la resolución del contrato o la entrega de bienes de igual género y calidad.

Pese a todo lo antedicho, me parece que las cosas no están tan claras, pues no me parece tan evidente que toda indemnización sea siempre un “equivalente pecuniario”, como habitualmente se dice, sino más bien lo contrario. Me explico:

1º) Es evidente que cuando el interés lesionado tiene carácter patrimonial, su resarcimiento indemnizatorio consistirá en el equivalente pecuniario, pues el problema puede perfectamente reconducirse al de la patrimonialidad de la prestación obligatoria. No es éste, obviamente el lugar adecuado para examinar tan polémica cuestión³²⁴, que por otra parte no cuenta en nuestro derecho positivo con los problemas del Código italiano. Pero debe admitirse que, si bien la opinión dominante viene rechazando tal pecuniariedad de la prestación como requisito de la obligación, “lo que sí hay es que, en un sistema -como el de nuestro Código- en el que, frente al acreedor, la responsabilidad del deudor que no cumple la prestación es sólo responsabilidad patrimonial (artículo 1911) es necesario que, de un modo u otro, sea fijable una cifra para la responsabilidad, pues, de no serlo, no habría posibilidad de concretar ésta, y, en tal caso, tampoco habría posibilidad de constreñir (no existiría la *necesitas* que ha de encerrar el vínculo obligatorio), sino cuando el deudor pudiese ser compelido al cumplimiento forzoso en forma específica”³²⁵. En definitiva, lo que se propugna es que la reparación puede ser pecuniaria aunque la prestación no lo sea.

2º) Sin embargo, en aquellos casos en los que el interés lesionado tenga carácter extrapatrimonial, y por tanto, en todos los supuestos del denominado daño moral, lo que en general se viene admitiendo por la mayoría de nuestra doctrina³²⁶, y comparto, es que

³²⁴ Es bien sabido que, a partir de la posición de SAVIGNY, quien (sobre la base de D. 40.7.9.2: *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*, lo que obedece sin dudas a las exigencias del procedimiento formulario) mantuvo que sólo los actos susceptibles de valoración en dinero pueden ser objeto de obligación, se abre una larga polémica, desde que WINDSCHEID y, sobre todo, IHERING vienen a sostener justamente lo contrario, propugnando la existencia de verdaderas obligaciones extrapatrimoniales. Más tarde se acude a una posición llamada “intermedia” distinguiendo entre la prestación, que debe ser susceptible de valoración económica, y el interés del acreedor, que puede no ser patrimonial; criterio que llega a tener entrada en el Código italiano (artículo 1174), lo que ha dado lugar a un sinnúmero de trabajos y teorías en la doctrina de aquel país (por todos, *vid. GIORGIANNI, L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Giuffrè, Milán, 1968, págs. 29 y ss.), y que, por el contrario, es expresamente rechazado por el Código civil portugués (artículo 398.2º).

En España, tras los minuciosos estudios de HERNANDEZ GIL, radicalmente opuesto a la exigencia de la patrimonialidad (también BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *La obligación*, Edersa, Madrid, 1989, pág. 68), la cuestión ha venido resolviéndose en sede de responsabilidad, y no de débito, dado que la responsabilidad sí es siempre patrimonial con arreglo al artículo 1911, si bien la prestación misma no necesariamente tiene que serlo. Para la doctrina española, puede verse CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, *cit.*, t.III, págs. 65 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *cit.*, I, vol. 2º, págs. 24 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, *cit.*, págs. 29 y ss.; LACRUZ, *Elementos...*, *cit.*, II, vol. 1º, págs. 22 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 83 y ss.; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios...*, *cit.*, t. XV, vol. 1º, págs. 20 a 39.

³²⁵ ALBALADEJO, *loc. ult. cit.* En sentido muy similar, DE LOS MOZOS, J.L., *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Cívitas, Madrid, 1988, págs. 325-328.

³²⁶ No falta quien sostiene que “en la obligación en sentido técnico se da siempre, al menos como posibilidad tenida necesariamente en cuenta (posibilidad actuante), la prestación subsidiaria en valor abstracto (dinero), y ha de existir un procedimiento para la valuación (cobertura concreta), o si el valor no fuese directamente cuantificable, para un compensación equitativa (cobertura abstracta). Es un error ver en esta prestación subsidiaria tan sólo una sanción, es decir, una especie de pena” (ESPINAR LAFUENTE, “Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1969, pág. 126).

por definición ello hará imposible la prestación de un “equivalente pecuniario”. Sencillamente, por definición, no puede hablarse del equivalente “pecuniario” de algo que, por hipótesis, es extrapatrimonial y, por tanto, no pecuniario. En estos supuestos, la denominada cuantificación del daño no se produce por referencia a ningún equivalente, ni obedece a ninguna relación de equivalencia, sino que queda al arbitrio de los jueces y tribunales³²⁷. Y por tanto, existirá *indemnización*, pero no por equivalente, sino de carácter compensatorio, a la que podíamos denominar “compensación satisfactiva”.

3.6.3.- Lo que no es indemnización

Dentro de esa tendencia expansiva de la responsabilidad civil, se suelen incluir como elementos integrantes de la indemnización conceptos que poco o nada tienen que ver con ella, tal como la hemos concebido. La indemnización o es reparación por equivalente o es compensación satisfactiva. Pero en ningún caso es (o debe ser) restitución del enriquecimiento injusto ni punición del responsable, pues ni una ni otra guardan relación con el perjuicio efectivamente padecido.

3.6.3.1.- La restitución del enriquecimiento

En ocasiones, determinadas leyes (la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, la de Propiedad Intelectual, la de Patentes, y otras) y algunas sentencias³²⁸, contemplan como forma de reparación del daño, la entrega a quien lo padeció de los beneficios que obtuvo el “responsable” a consecuencia de su causación. El problema de si lo que se debe dar al demandante es el valor de sus pérdidas o quebrantos, o si se le debe dar el beneficio indebidamente obtenido por el demandado; o dicho de otro modo, si el beneficio del demandado debe incluirse como un factor indemnizatorio de los daños y perjuicios; ha sido estudiado con agudeza y profusión de ejemplos jurisprudenciales por Díez-Picazo³²⁹. Y sintéticamente aclara que la acción de resarcimiento resarce el daño sufrido, y la acción de enriquecimiento determina la restitución del beneficio recibido. Ni que decir tiene que uno y otro caso son distintos, porque el daño puede arrojar una suma y el beneficio otra. Además, en nuestro Derecho, la acciones de indemnización se fundan en la culpa o negligencia del agente y necesitan que ésta se pruebe o presuma, mientras que las de enriquecimiento funcionan objetivamente y basta que se haya producido el tránsito no justificado de un valor patrimonial desde un patrimonio a otro³³⁰. Sigue aquí lo que ya explicaba más arriba en relación con la naturaleza de los derechos protegidos, pues como señala el mencionado maestro, “en términos generales no se ha discutido nunca que en el ámbito de aplicación de la *condictio* se encuentran los llamados doctrinalmente “derechos absolutos”: la propiedad, los derechos reales

³²⁷ Qué cierta es la reflexión de la STS (Sala 2^a) 4 octubre 1994 (LL 19951625), aunque no deja de ser llamativa la contraposición entre daño físico y moral: “el daño moral, a diferencia del físico, no es mensurable bajo los patrones de daño de lesión o de valor de la restitución o reparación concreta. Difícil es ponderar la correcta valoración del sufrimiento, la pena, angustia, las vivencias desagradables e incluso el trauma psíquico, más aún traducir a una categoría diferente la de la reparación económica de los daños morales y ello queda en definitiva a la prudencia de los tribunales, dentro de los límites de las pretensiones resarcitivas producidas en la causa”.

³²⁸ A partir de la STS 1 marzo 1954 (R. 711).

³²⁹ DÍEZ-PICAZO, L., “Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos”, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord.. Juan Antonio Moreno, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 237 y ss.

³³⁰ *Idem*, pág. 249.

sobre cosas ajenas, los derechos de propiedad intelectual e industrial y los derechos sobre propiedades especiales. Ello significa que, a través de la *conductio*, se trata de asegurar lo que se ha llamado un “monopolio de explotación”, que, el otorgamiento del derecho atribuye al titular”³³¹.

Existen, es verdad, supuestos en que ese enriquecimiento del dañador guarda una correlatividad más o menos importante con la pérdida padecida por la víctima: puede afirmarse (relativamente) que los discos que vende en el *top-manta* el pirata discográfico, y los beneficios que con ello obtiene, son cedés que deja de vender la productora titular del *copyright*, y beneficios que ésta deja de obtener. Y por tanto, es razonable que la indemnización incluya una partida que contemple de tales beneficios. Pero nadie negará que eso no es “restitución del enriquecimiento” sino un supuesto de lucro cesante “mondo y lirondo”. Y en otros casos, como en los de lesión del honor, la intimidad y la propia imagen, tal vez pueda aproximarse el beneficio injustificado del transgresor a una suerte de daño moral de la víctima, que ve cómo otra persona se enriquece a costa de su intimidad o de su imagen, con el consiguiente disgusto y pesadumbre.

3.6.3.2.- Los “daños punitivos”

Más arriba me he referido ya a la naturaleza funcional de la obligación reparatoria, y es conocida mi posición en torno a la resurrección los *punitive damages*³³². Junto a las dificultades teóricas de todo orden que entraña su aceptación, no resisto la tentación de transcribir aquí las diez preguntas que me suscita la importación de tan exótica figura (en realidad, no lo es tanto como trasnochada), que vengo planteando desde hace tiempo y para las que aún no he encontrado respuesta: 1º) ¿De verdad el pago de la *indemnización* sirve para prevenir un suceso lesivo que ya ha tenido lugar? 2º) En términos de prevención general (al estilo de la sanción penal) ¿realmente sirve de algo una indemnización cuyo importe no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta dañosa sino del daño mismo, cuya obligación es transmisible a terceros (ya por vía sucesoria, ya en virtud del extendido seguro de responsabilidad civil)? 3º) Si de verdad queremos sancionar al dañador, ¿no deberíamos prohibir el seguro de responsabilidad civil? 4º) Dicho con otras palabras, ¿no resulta evidente que la responsabilidad civil *previene* muy mal y *castiga* peor? 5º) ¿No estaba ya demostrado en nuestra doctrina civil que prevenir y castigar son funciones diferentes? 6º) ¿Existe alguna razón, salvo nuestra pasión por lo exótico (casi obsesiva si, además, viene del mundo jurídico inglés), para denominar *punitive damages* lo que no constituye otra cosa que la justa reparación del daño moral? 7º) El beneficio obtenido por el dañador a costa del perjuicio padecido por la víctima ¿no es, en la mayor parte de los casos, constitutivo de un daño moral en sí mismo? (Baste recordar las intromisiones ilegítimas en la intimidad, por parte de medios de comunicación que obtienen, por ello, pingües beneficios). 8º) ¿No hace ya suficientes siglos que se viene atribuyendo la función punitiva a una rama del ordenamiento jurídico especializada en castigar, que por eso se llama Derecho Penal, y que viene sometida a unos principios que en ningún caso puede aplicar el Derecho Civil? 9º) Dicho de otro modo, ¿se puede imponer una *multa* (no otra cosa es la indemnización punitiva) sin cumplir los requisitos y precauciones que impone

³³¹ *Idem*, pág. 252.

³³² Me he ocupado críticamente de la figura en *Cumplimiento por equivalente...*, *cit. passim*; “La tutela inhibitoria del daño...”, *cit. passim*; y en unos cuantos editoriales de la *Revista Práctica Derecho de Daños..*

un sistema penal especialmente garantista, dentro del Estado de Derecho? 10º) Y sobre todo, la pregunta del millón, que sigue sin respuesta: ¿qué hacemos con la indemnización punitiva pagada por el dañador? Si se la entregamos a la víctima, admitimos abiertamente legitimar un acto de enriquecimiento injusto pues, por definición, le estamos pagando por encima de lo que supuso el daño. Si se la queda el Estado, alguien debería explicarnos entonces en qué difiere esa multa de la sanción penal. Y si estamos pensando en financiar por esta vía a determinadas ONG's, asociaciones de víctimas o ideas luminosas parecidas, no resulta la mejor manera de desincentivar los daños.

3.6.4.- El problema de la cuantificación

El gran problema representa es el de la valoración o evaluación económica de los daños y perjuicios, o dicho de otro modo, cómo establecer de manera justa y equitativa esa necesaria conexión entre [interés lesionado] – [quantum indemnizatorio], pues la indemnización, por definición, exige reconducir y traducir a un *quantum* los daños sufridos, bajo la luz del siempre deseable principio de reparación integral del daño³³³, al que más arriba me he referido. Y las dificultades se presentan en cualquiera de las dos modalidades indemnizatorias, puesto que en ambos casos es preciso convertir “interés” en “dinero”: en uno para establecer la relación de equivalencia (con el valor comercial, el valor subjetivo, el valor de reposición, el valor de afección..., referido al interés lesionado), y en otro para cifrar en dinero lo que por definición carece de tal valor. La tentación de acudir a modelos tabulares como el del conocido como “baremo”, es por ello, sin duda, alta.

El problema resulta viejo, pues ya el Derecho común profundizó en la tendencia limitativa a la extensión del daño indemnizable heredada del *Corpus*³³⁴. Así, normalmente sólo se tiene en cuenta a la hora de indemnizar el *interesse circa rem*, y si excepcionalmente se toman en consideración otros daños, se aplicarán los límites de C. 7.47.1 (el duplo de la cantidad o cosa cierta). Pero, en todo caso, la indemnización se gradúa con arreglo a las distintas clases de culpabilidad, de manera que tales limitaciones sólo operan en caso de culpa leve (*negligentia*), pues en caso de dolo o *culpa lata*, se responde incluso del *interesse extrinsecum*³³⁵. En el seno del Iusnaturalismo racionalista se produce una doble simplificación³³⁶. Por una parte, se abandona la graduación del deber de indemnizar en función de la culpa, de manera que incluso la *culpa leve* puede dar lugar a una indemnización integral. Y por otra, se unifica la responsabilidad por daños, tanto por lesión del contrato como por delito, desde una concepción general de la *laesio culpable de otro*³³⁷.

³³³ VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, pág. 280.

³³⁴ *Vid. COING, op. cit.*, t. I, págs. 557 y 558.

³³⁵ Excluyendo, según MOLINAEUS, el *damnum remotum* (*op. cit.*, nº 155). No se olvide que es MOLINAEUS el primero en introducir el criterio de la previsibilidad del daño, como límite de la responsabilidad del deudor (salvo en los casos de dolo), que reelaborará POTHIER, autor que se apoya expresamente tanto en el mencionado texto del Código, como en la obra de Dumoulin (*op. cit.*, nº 164).

³³⁶ COING, *idem*.

³³⁷ PUFENDORF, *De iure naturae et gentium, Neudruck der Ausgabe Frankfurt und Leipzig*, 1759, III, 1, 2; GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II, 17, 1 y 12. Por lo demás, y para los casos de dolo, dicha unificación del régimen contractual y delictual ya había sido planteado por MOLINAEUS (*op. cit.*, nº 155) como, siguiendo a éste, por POTHIER (*op. cit.*, nº 168 *in fine*).

En el caso del daño patrimonial, hay que recordar que hoy nos debemos alejar de aquella concepción “objetiva” del dicha categoría de perjuicios, que atribuiría un “valor objetivo” o “de mercado” al bien destruido o deteriorado, para colocarnos en un concepto “subjetivo”, en el sentido de que tiene en cuenta las específicas circunstancias del concreto dañado, y “real-concreto”, a partir de los singulares factores de daño³³⁸. Y ello aproxima los problemas la valoración del equivalente pecuniario de dicho daño patrimonial, respecto de los que presenta la cuantificación compensatoria del daño moral, pues el primero ya no será nunca una simple operación matemática, sino que en ambos casos será preciso el esfuerzo judicial por aquilatar una cifra equitativa al daño padecido. Porque, en definitiva, la valoración del daño es una función fundamentalmente jurisdiccional³³⁹, que se encuentra sometida en todo caso a un importante margen de discrecionalidad. Ello no quiere decir que esa valoración se pueda efectuar de manera caprichosa o arbitraria, sino que debe venir siempre sometida a determinados criterios imperativos³⁴⁰, a saber: a) La obligación de fundamentar la cuantificación, que no necesariamente se debe traducir como “desglosar” las partidas que integran la indemnización, sino justificar los motivos que llevan a la convicción de tal o cual cifra, con referencia a los aspectos concretos de la víctima, a las particularidades del daño en ese caso o, incluso, a criterios comparativos en casos similares³⁴¹. b) Sujeción a los criterios legales, tanto por referencia al artículo 1106 del CC, como a los preceptos de otras leyes que establecen bases indemnizatorias para daños concretos, como la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley de Patentes o la Ley Orgánica de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, etc.

Por lo demás, tiene mucha razón Ricardo De Angel cuando afirma que “el problema de la valoración del daño... en el Derecho español está muy lejos de lo que puede considerarse una situación satisfactoria. Todavía más, no faltan elementos de juicio para sostener que se trata de una materia que, si no por el caos, sí se encuentra dominada por la falta de armonía, por la inseguridad y en no pocos casos por la sorpresa”³⁴².

A tales problemas se añade la cuestión del momento en que debe efectuarse la valoración del daño, si ha de referirse a la fecha en que se produzca la causa determinante de los daños, a aquella en que recaiga en definitiva la condena a la reparación o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en período de ejecución de sentencia. La cuestión debe resolverse teniendo a la vista la categoría de

³³⁸ PANTALEÓN, “Comentario al artículo 1902”, *cit.*, págs. 1988 y ss. Nos hemos referido más arriba a la cuestión del concepto de daño.

³³⁹ JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, 6^a ed., Dalloz, París, 2003, pág. 144.

³⁴⁰ LÓPEZ MESA Y TRIGO REPRESAS, *Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño*, La Ley, Buenos Aires, 2006, págs. 25 y ss.

³⁴¹ STS 5 noviembre 2001.

³⁴² DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, pág. 719, remozando un anterior trabajo titulado “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho comparado”, *RES*, 1989, págs. 47 y ss. En tal manifestación, se está refiriendo al problema del daño corporal, pero lo considero perfectamente aplicable a la valoración de toda clase de daños.

deuda de valor que siempre ha de atribuirse a la indemnización. En palabras de Jourdain, “el derecho a la reparación de la víctima nace el día de producción del daño. Desde esa fecha, el derecho existe en principio; pero no se encuentra todavía fijada su cuantía. El crédito todavía ha de tornarse líquido, es decir, valorado y expresado en dinero. La deuda del responsable aparece así como “deuda de valor”, susceptible de variación y por determinar”³⁴³.

3.6.5.- Caracteres de la obligación indemnizatoria

Las características de esta obligación indemnizatoria a la que nos venimos refiriendo, no totalmente predicables de la reparación *in natura*, como vimos, son las siguientes³⁴⁴:

- 1º) Es una obligación pecuniaria, como ha quedado claro más arriba.
- 2º) Se trata de una deuda de valor, dado que en este caso el dinero objeto de la obligación sirve para “medir” por equivalente o por sustitución el perjuicio padecido. El perjudicado no ha de recibir una determinada cantidad de monedas, sino un número de las mismas tal que sustituya el daño causado.
- 3º) No es obligación *intuitus personae*, de manera que puede ser cumplida por el deudor-causante de los daños, o por un tercero, por su compañía aseguradora (frente a la que, como es bien sabido, el perjudicado tiene acción directa), o por los herederos de aquél.
- 4º) Es obligación solidaria en los casos en que existe pluralidad de responsables, como unánimemente reconoce la jurisprudencia, que la ha calificado recientemente como “solidaridad impropia”³⁴⁵.
- 5º) Es obligación renunciable.
- 6º) Es obligación ilíquida, pues requiere siempre las tareas de valoración y cuantificación a las que nos hemos referido.

³⁴³ JOURDAIN, P., *op. cit.*, pág. 145.

³⁴⁴ En parte, dichas características se ordenan sistemáticamente por ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, págs. 172 y ss., donde se predicen tales caracteres respecto de toda “obligación de reparar”.

³⁴⁵ Para el tema, *vid.* DÍAZ DE LEZCANO, I., *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Marcial Pons, Madrid, 1997; CAFFARENA LAPORTA-ATAZ LÓPEZ (coord.), *Las obligaciones solidarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

4.- LOS REMEDIOS DEL ACREDOR FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO

4.1. PLANTEAMIENTO Y ENUMERACIÓN.

1.1.- *Encuadre de la cuestión.* Hace ya tiempo que ha quedado demostrada la falsedad de una supuesta ecuación que, a partir de una errónea lectura del artículo 1101 del CC (y los preceptos similares de otros códigos de raíz napoleónica que presiden la responsabilidad contractual), venía a decir que todo incumplimiento contractual genera como (única) consecuencia una genérica a imprecisa indemnización de daños y perjuicios. Por el contrario, ante la lesión del derecho de crédito, despliega toda una serie de instrumentos jurídicos alternativos, cumulativos o incompatibles entre sí según los casos, que constituyen las diferentes reacciones a disposición del acreedor. Mecanismos que en el Derecho inglés se denominan *remedies*, y que por ello denominamos “remedios”. Así lo razoné profusamente en *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*³⁴⁶, de cuyo capítulo sexto tomo estas páginas para volver a reflexionar sobre el tema de los remedios, con motivo de este sentido homenaje al profesor Ricardo Lorenzetti, cuya finura jurídica es tan sobradamente conocida que no requiere tanto ser puesta aquí de relieve, como la amistad y el fraternal afecto que nos une desde aquellos lejanos años ochenta en que, separados por un océano y diez mil kilómetros, ambos trabajábamos en nuestras respectivas tesis doctorales sobre la responsabilidad civil del médico. Ya entonces me admiró su sentido jurídico, su profundidad intelectual y su bonhomía personal y humanismo, que se han puesto de relieve luego a lo largo de toda su carrera profesional que hoy se encuentra en toda plenitud. Me uno, por ello, feliz a este homenaje.

No pretendo aquí, desde luego, estudiar profundamente cada uno de los remedios, ni siquiera de examinar todos ellos de forma exhaustiva, sino más bien de analizar conjuntamente y de forma comparativa los más relevantes, comprendiendo sus diferencias y analizando la compatibilidad-incompatibilidad entre unos y otros. Particularmente, cumplimiento forzoso, equivalente pecuniario, resarcimiento y, en la medida en que afecta a la compatibilidad entre remedios, resolución del contrato sinalagmático.

1.2.- Son variadas las *clasificaciones doctrinales* de los medios de tutela del acreedor. En cualquier caso, lo que no es de recibo es englobar todos ellos dentro de una omnicomprensiva y vaga “responsabilidad contractual”, como simplistamente se ha pretendido³⁴⁷. Entre nosotros, la tipología más completa quizás sea la de Díez-Picazo³⁴⁸, que abarca tanto la tutela preventiva del crédito frente a un racional y probable peligro de insatisfacción o lesión del derecho del acreedor, como la llamada “tutela represiva”, que se actúa una vez frustrado tal derecho, al haberse consumado la insatisfacción, por falta de ejecución o ejecución defectuosa del deber de prestación del deudor. Dejando

³⁴⁶ Monografía publicada en Trivium, Madrid, 1999.

³⁴⁷ Así, en el anteproyecto de Ley común europea propuesto por RODIERE, R., (Coord.), *Définition et domaine de la responsabilité contractuelle*, Inst. Droit Comparé Univ. Paris II, Paris, 1981.

³⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 3^a ed., Cívitas, Madrid, 1993, pág. 673 y ss. También desde una perspectiva global y omnicomprensiva de los remedios, que se estudian de manera minuciosa, puede verse PANTALEON, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *A.D.C.* 1993, pág. 1727 y ss.

de lado los instrumentos preventivos³⁴⁹, y las acciones de conservación de la garantía patrimonial y de la solvencia³⁵⁰, los remedios³⁵¹ de que dispone el acreedor son los siguientes:

- a) Pretensión de cumplimiento, que conlleva la posibilidad de ejecución forzosa de la prestación.
- b) El cumplimiento por equivalencia³⁵².
- c) Remedios especialmente establecidos para las relaciones obligatorias sinalagmáticas (que comprenden la reducción del precio, la *exceptio non adimpleti contractus* y la resolución por incumplimiento).
- d) Resarcimiento de daños³⁵³.
- e) Restitución del enriquecimiento injustificado del deudor a costa del acreedor (artículos 1186, 1683, 1777 y 1778 del CC, y 136, 138, 288 y 613 del Ccom)³⁵⁴.

A continuación nos referimos a cada uno de ellos por separado, buscando fundamentalmente sus requisitos y compatibilidad.

4.2.- LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA OBLIGACIÓN.

4.2.1.- *El cumplimiento in natura.* Cuando se lesiona el derecho de crédito, y mientras no haya sobrevenido una imposibilidad definitiva, el ordenamiento jurídico en primer término dirige sus normas a conseguir en todo caso el cumplimiento “específico”, *in natura*, de la prestación programada inicialmente. Se trata de obtener el comportamiento omitido, y obtenerlo del mismo modo que debió ser y no fue realizado por el deudor³⁵⁵. Incluso acudiendo a la adopción de las medidas coercitivas que sean

³⁴⁹ Quizá valga la pena destacar algo que, por lo demás, resulta obvio, a propósito de tales instrumentos (anticipación del vencimiento de la obligación a plazo del artículo 1129 del CC, el embargo preventivo, impugnación de actos en fraude de acreedores, el secuestro conservativo de los artículos 1785 y ss. del CC, etc.): unas veces tienden a evitar que se frustre el deber primario de prestación, y otras a garantizar la eficacia del crédito mediante la conservación del patrimonio del deudor, como base y soporte de su responsabilidad patrimonial (*vid. DÍEZ-PICAZO, Fundamentos..., cit.*, págs. 675-676).

³⁵⁰ Estas acciones podrían considerarse como de naturaleza mixta, en el sentido de que cumplen una función conservativa del patrimonio del deudor, como decíamos, pero también pueden verse como “tutela represiva” en la medida en que actúan también -principalmente- cuando ya se ha frustrado el derecho del acreedor.

³⁵¹ La expresión “remedios” alude, precisamente, a ese carácter represivo o, si se prefiere, “reactivo” frente a un incumplimiento consumado. En el mundo anglosajón se utiliza de forma generalizada la expresión *remedies*. Por todos, TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A comparative Account*, Oxford, 1988.

³⁵² En la 1^a edición de sus *Fundamentos* así lo contemplaba el Prof. DÍEZ-PICAZO, aunque posteriormente (en la 4^a edición, ya en Cívitas) saca este remedio de su clasificación. Sin embargo, es sintomático que le brinda un tratamiento independiente (pág. 680), a continuación de la ejecución forzosa y antes de la indemnización de daños contractuales, y la denomina *cumplimiento por equivalencia*.

³⁵³ PANTALEÓN incluye, además, entre los que denomina “remedios indemnizatorios”, el reintegro de los gastos del contrato satisfechos por el contratante que resuelve por el incumplimiento de la otra parte, lo que no es sino una especial partida de “daños” (“Las nuevas bases...”, *cit.*, pág. 1727).

³⁵⁴ PANTALEÓN, *loc. ult. cit.*, y págs. 1736-1737.

³⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos..., cit.*, pág. 678; DELGADO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1º, 2^a ed. Barcelona, 1985, pág. 224. Estas medidas, sin embargo, están en principio vedadas en caso de incumplimiento del precontrato; *vid. por todos, ROMÁN GARCÍA, A., El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 190.

necesarias para conseguir tal objetivo³⁵⁶. Ese es, sin duda, el tenor de los artículos 1096, 1098 y 1099 del CC y 699 y siguientes de la LEC relativos a la ejecución no dineraria, de cada uno de los distintos tipos de obligaciones.

4.2.2.- *Referencia a su construcción histórica.* Este sistema, absolutamente distinto al seguido por el Common Law³⁵⁷, es el resultado de un largo camino, que comienza, como hemos visto, negando la posibilidad de ejecución forzosa con la *condemnatio pecuniaria* de la época clásica romana, atenuada ya en el *Corpus*. En el Derecho común, se discute ampliamente si el deudor puede o no ser condenado a la prestación debida y obligado a realizar ejecutivamente³⁵⁸. Y mayoritariamente se distingue entre obligaciones dirigidas al *dare* o al *facere*³⁵⁹. Mientras las primeras cabe la condena ejecutiva al *dare* mismo (*praecise tenetur*), en las *obligationes faciendi* rige la norma *nemo potest praecise cogi ad factum*; y por ello, la sentencia se dirige sólo a la

³⁵⁶ Es la “coacción propulsiva del Derecho”, de la que habla IHERING, *El fin en el Derecho*, trad. esp., Heliasta, Buenos Aires, 1978, págs. 129 y ss.

³⁵⁷ En el sistema del Common Law no se concede al acreedor la *specific performance* más que en casos muy excepcionales, como solución *in equity*, de forma que el contrato no es verdadera fuente de la obligación de dar, hacer o no hacer, sino de una obligación de indemnizar cuando no se da, hace o no hace alguna cosa. Por eso se habla de “quebrantamiento del contrato” (*breach of contract*) y no de “inejecución de la obligación”. Sin embargo, tan rígidos principios están notablemente atenuados por las reglas de la *equity*, que efectivamente en ciertos casos permiten la *specific performance*. De algunas de estas ideas se han hecho eco PUIG BRUTAU, “Comentario del traductor” en su traducción de la obra de FULLER-PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 146 y ss.; y PANTALEON, “Las nuevas bases...”, *cit.*, pág. 1728. *Vid.*, además, TREITEL, *The Law of Contract*, 8^a ed., Londres, 1991, págs. 895 y ss., 902 y ss.; en clara actitud crítica, FRY, *Specific Performance*, 6^a ed., s.f., pág. 42; HOLMES, O.W., *The Common Law*, reed. 1963, pág. 236, donde explica que la única consecuencia universal del contrato viene a ser que la ley hace pagar al contratante la indemnización de daños si el resultado prometido no llega a producirse, de forma que, si lo desea, puede “romper” el contrato e indemnizar. Por su parte, BEALE-BISHOP-FURMSTON nos dicen: “The remedy of specific performance is discretionary, and is sometimes refused on the ground of hardship to the defendant, even though the contract is valid at common law and so the defendant will be liable in damages if he does not perform. An example is *Wood v Scarth*” (*Contract cases and materials*, Londres, 1985, pág. 184). Y BURROWS, A., señala: “However, in contrast to damages, specific performance is not available for every breach of contract. Indeed... specific performance is best approached negatively, that is by examining the numerous restrictions on its availability. Positively, it then follows that if the remedy is not barred by such restrictions, a plaintiff who applies for it succeed” (*Remedies for torts an breach of contract*, London, Dublin, Edinburgh, 1994, pág. 336, donde a continuación hace un detenido examen de tales restricciones y requisitos).

Tampoco es posible el remedio “ejecución forzosa” en aquellos ordenamientos, como el griego, en que, según veíamos, no se conoce otra lesión del derecho de crédito que la imposibilidad sobrevenida; dada la imposibilidad, no cabe ejecución forzosa *in natura*; *vid.* RODIERE, *Les effets du contrat dans les pays du marché commun*, Inst. Droit Comparé Univ. Paris II, Paris, 1985, pág. 140.

³⁵⁸ Explica BADOSA cómo la doctrina europea mantendrá mayoritariamente una postura positiva, tendente a la admisibilidad de la ejecución forzosa (con citas de ALCIATUS, CUIACIUS, ZOESIUS, MOZIUS, VENNIO, HILLIGERUS, HUBER, y en la doctrina castellana, COVARRUBIAS, D. PEREZ, GR. LOPEZ, MÁTIENZO, PEREZIUS, GOMEZIUS, CAEVALLOS, HERMOSILLA) (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, *Studia Albornotiana*, Bolonia, 1987, pág. 258, nota 25).

³⁵⁹ La distinción está ya en D. 45.1.2. pr., de Paulo: *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt*, y también en D. 44.7.3. pr., de Paulo: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum*. Justo es recordar que ambos textos de Paulo son glosemas. Por lo demás, a la misma clasificación y distinción se refiere con detalle POTIER, *Traité des Obligations, Oeuvres*, París, 1825, nº 146, 156 y 157.

indemnización de daños, por lo que el deudor puede liberarse mediante la satisfacción de los daños e intereses³⁶⁰.

Es ya en Domat³⁶¹ donde encontramos claramente la idea, antigua por otra parte, de que, primariamente, el deudor viene obligado a realizar la prestación debida, y sólo secundariamente la indemnizar por daños en caso de incumplimiento. De tal manera, que se distingue entre la prestación originaria y la prestación del *id quod interest*³⁶².

Pothier se inclina de manera decidida por la admisibilidad de la ejecución forzosa de las obligaciones de dar, si bien en las obligaciones de hacer y no hacer niega la posibilidad de tal forma de ejecución, entendiendo que en virtud del principio *nemo potest praecise cogi ad factum*, tales obligaciones “se resuelven” en la obligación de daños e intereses³⁶³. Pero acertadamente se ha señalado ya que el motivo de esta absorción de la ejecución forzosa por parte de la indemnización, no está en que ésta ocupe el lugar de aquélla, sino en la imposibilidad de efectuar tal ejecución sin violentar el principio de libertad del deudor³⁶⁴.

Lo cierto es que la puerta que Pothier deja abierta a la admisión de la ejecución forzosa es sumamente ampliada en el *Code*, cuyo artículo 1610 la admite para la compraventa, y que en su artículo 1144 es extendida a las obligaciones de hacer y no hacer. En nuestro CC, el artículo 1096 la establece expresamente para las obligaciones de dar³⁶⁵. Y los artículos 1098 y 1099, presididos por el principio *nemo potest cogi ad factum*, admiten dicha ejecución forzosa, a costa del deudor. Lo que lleva a Badosa a concluir, acertadamente, que “podemos decir que la ejecución forzosa es un principio totalmente admitido en el CC español, con plena autonomía respecto de la

³⁶⁰ COING, *Derecho Privado Europeo*, t. I, trad. esp. de A. PEREZ MARTIN, Madrid, 1996, págs. 547-548, y la bibliografía allí citada.

³⁶¹ DOMAT, *Le Leggi Civili*, T.IV, Trad. it., Pavia, 1826, I,1,3,§4., y I,2,§20, donde habla de un primer y segundo efecto del contrato. La idea, no obstante, tiene egregios precursores: MOLINAEUS: *Primaria obligatio est de eo quod principaliter, et per se debetur, et intenditur. Secundaria vero de eo quod in defectum principalis debetur (Extricatio Labyrinthi dividui et individui, , en *Omnia quae extant opera*, t. III, Parisiis, 1681, Pars III, nº 3); en HERMOSILLA se distingue entre *obligatione primaeva, eamque DD. primitivam vocant, quae quidem ex contractus origine et pactione nascitur, y obligatione secundaria, quae ex culpa, aut dolo oritur (Notae, Addiciones et Resoluciones ad Glossas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii, I y II, Colonia, 1751, t.I, Tit.II, L.V, Gl. III-IV, nº 7).**

³⁶² La idea se encuentra muy claramente en SÁNCHEZ ROMÁN, cuando explica: “No falta alguna tendencia doctrinal que para este caso, y huyendo de toda apariencia violenta, estima que debe ser sustituida la obligación por el *resarcimiento equivalente* de daños y perjuicios, pero con tal criterio se desnaturaliza, sin necesidad, la obligación, que es de entregar cosa, y no de indemnizar su valor, y se aplica el subsidiario resarcimiento de impropia manera, puesto que las obligaciones de dar, lo mismo que las de hacer, cuyo objeto preciso consiste en lo uno o en lo otro, únicamente se resuelven en las *subsidiarias* de indemnizar, cuando es en absoluto imposible su efectivo cumplimiento, en los propios términos en que fueron contraídas” (*op. cit.*, IV, pág. 86).

³⁶³ POTIER, *Traité des Obligations, Oeuvres*, París, 1825, nº 156 y 157. Para las obligaciones de entregar un “cuerpo cierto”, nos dirá que si el deudor condenado por sentencia a dar la cosa tiene su posesión, el Juez, a requerimiento del acreedor, debe permitirle tomarla y entrar en su posesión (*en saisir*).

³⁶⁴ BADOSA, *La diligencia...* cit., pág. 259.

³⁶⁵ Comentando su precedente artículo 1005 del Proyecto de 1851, nos dice GARCÍA GOYENA que “sin perjuicio de esta responsabilidad (por daños y perjuicios) puede el deudor ser compelido a la entrega de la cosa mientras exista” (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, T.III, Madrid, 1852).

indemnización de daños, que aparece regulada en una disposición distinta (los artículos 1101 y ss.) y presidido por el principio fundamental del *nemo cogi ad factum potest*³⁶⁶.

4.2.3.- *Respecto de las obligaciones de dar cosa determinada*, y como hemos señalado en otro lugar³⁶⁷, procede la compulsión al deudor para que entregue *in natura* la cosa debida, lo que equivale a presuponer que ésta se encuentra en posesión del deudor; y a dicho fin, el acreedor puede solicitar la práctica de cuantas diligencias estime necesarias para lograr la puesta en posesión de la cosa, como previenen los artículos 701 a 703 de la LEC, según se trate de la entrega de cosa mueble determinada, cosa genérica o indeterminada, bien inmueble ocupado o desocupado. Tales diligencias pueden ser de naturaleza muy diversa. Así, por ejemplo, y en el problemático supuesto en que la prestación de dar tiene por objeto llevar a cabo la traslación de la propiedad o el traspaso posesorio³⁶⁸, en el que la autoridad judicial tiene que llegar a suplir ese acto de voluntad del transmitente, particularmente en bienes inmuebles³⁶⁹, son numerosas las sentencias que declaran unánimemente que “la adjudicación judicial de inmuebles no puede consistir en otra cosa que en poner en posesión de ellos al acreedor, llegando al lanzamiento del deudor que los ocupe sin necesidad de un nuevo pleito, por no ser esta medida legal exclusiva del juicio de desahucio” (STS 26 junio 1950).

Como acertadamente ha señalado Carrasco³⁷⁰, la entrega, en tal caso de ejecución forzosa, no es indemnización, sino cumplimiento. Indemnización será, en su caso, la reparación del daño moratorio

Y si la cosa está en posesión de un tercero, quien a menudo además no ha sido parte en el pleito suscitado entre acreedor y deudor, con independencia de otras disquisiciones doctrinales, el artículo 704 de la LEC del año 2000 vino a resolver la vieja polémica doctrinal y jurisprudencial que tal supuesto suscitaba. En la redacción de tal precepto se distinguen varios supuestos de hecho:

³⁶⁶ BADOSA, *La diligencia...*, cit., pág. 261. Por otra parte, la larga evolución que hemos resumido en estas pocas líneas viene a compendiarse por HERNÁNDEZ GIL en los siguientes términos: “En el derecho romano clásico la exigencia procesal de la condena pecuniaria, impeditiva de la demanda judicial de la realización de la prestación originaria, trajo consigo el problema dogmático de integrar la obligación en un solo concepto, siendo distintas sus dos manifestaciones, pero este problema no se presenta de la misma forma en el derecho moderno y de un modo especial está ausente del derecho positivo español, ya que, en conjunto, tiende de un modo muy acusado a conseguir judicialmente una ejecución en forma específica, con lo que hay una esencial similitud entre la dimensión extrajudicial de la obligación y la judicial” (“En torno al concepto de la obligación”, Discurso inauguración curs 1981-1982 de la R.A.J.L., en Apéndice al *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, reimp. 1983).

³⁶⁷ En nuestro comentario al artículo 1096 del CC, en AA.VV., *Jurisprudencia Civil Comentada*, coord. M. Pasquau Llano, 2^a ed., Comares, Granada, 2010.

³⁶⁸ En este punto dirá VATTIER FUENZALIDA, representando una posición doctrinal bien extendida: “La entrega, tanto en función traslativa como en función restitutoria, junto con definir el contenido típico de la prestación de dar, reconduce a esta clase de obligaciones al *genus* de las obligaciones de hacer, pues consiste, como ha sido puesto de relieve, en la actividad de entregar cualificada solamente por el desplazamiento posesorio; la obligación de dar, por consiguiente, se resuelve en el Derecho moderno, igual que en el Derecho romano, en una obligación de hacer cuya especialidad viene determinada únicamente por el resultado de transferir la posesión de la o las cosas materia de la prestación desde la titularidad del deudor a la del acreedor o viceversa” (*Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, pág. 70).

³⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit.

³⁷⁰ CARRASCO, Comentario a los artículos 1101 a 1107 (excl. 1103) del CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T.XV, vol. 1º, Edersa, 1989, pág. 397.

- Si el inmueble es vivienda habitual del ejecutado y quienes de él dependen, se le confiere plazo para el desalojo, transcurrido el cual se procede al desalojo.

- Si el inmueble está ocupado por terceros ajenos al pleito, se confiere plazo a los mismos para que presenten su título posesorio, y en caso de no resultar eficaz frente al ejecutante, se procede igualmente al lanzamiento.

Si se trata de cosa mueble, y la misma “no puede ser habida” en el patrimonio del deudor, se procede a sustituir la entrega por “una justa compensación pecuniaria” (artículo 702.3 LEC), o su “equivalente pecuniario” (artículo 702.2 LEC). Se ha corregido aquí³⁷¹ el tenor de la vieja LEC, que hablaba de “indemnización sustitutoria” en lugar de la correcta remisión al cumplimiento por equivalente, como ahora se hace.

Por otra parte, en realidad, esa regla de cumplimiento *in natura* es perfectamente aplicable también a las obligaciones de dar cosa “indeterminada o genérica”, (cuyo objeto es, en efecto, indeterminado, “pero es cierto y determinado el género de donde él debe tomarse”, como señala Pothier³⁷²). En efecto, si el objeto de la obligación es cosa genérica, habrá de cumplirse la obligación “a expensas” del deudor (artículo 1096.2º del CC). Si se trata de dinero, los largos artículos 571 a 698 LEC brindan y regulan la posibilidad del embargo de bienes del deudor, y posterior vía de apremio mediante el correspondiente avalúo y venta en subasta pública, con cuyo producto se paga al acreedor. Y para el resto de cosas, procederá la adquisición a costa del deudor. Pero es unánime la opinión doctrinal, que finalmente vino a avalar el artículo 702 LEC, que se inclina por facultar al acreedor para pedir la entrega directa de la cosa genérica, si la misma se encuentra dentro del patrimonio del deudor. Es una manera de cumplir la obligación “a expensas” del deudor. Y únicamente cuando dicho género no se encuentre a disposición del deudor, se podrá adquirir la cosa a costa de éste³⁷³.

Pero, en todo caso, esa ejecución “a expensas” del deudor, en cualquiera de sus variantes (incluía la sustitución de la cosa genérica defectuosa por otra³⁷⁴), no es sino una acción de cumplimiento, que nada tiene que ver con la indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento (en este caso de ejecución forzosa, habrá que hablar de *mora*) irroga al acreedor.

4.2.4.- *En cuanto a las obligaciones de hacer y de no hacer*, en las que, por virtud del viejo principio *nemo potest praecise cogi ad factum*, o sea, la incoercibilidad tanto jurídica como material de la conducta del deudor, sólo cabe una doble posibilidad: o sustituir tal comportamiento por la autoridad judicial, cuando tal sustitución sea suficiente para satisfacer el interés del acreedor³⁷⁵, o trasladar al patrimonio del deudor

³⁷¹ Se atiende así a la crítica y planteamientos doctrinales que, además de otros autores, mantuve en mi mencionado libro *Cumplimiento por equivalente...*, acerca de la redacción de la vieja LEC en esta materia, que confundía con indemnización.

³⁷² POTHIER, *Traité...*, cit., nº 142. En el mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, A., “Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria”, en *R.G.L.J.*, 1958, II, págs. 3 y ss.

³⁷³ MARTÍN PÉREZ, A., Comentario a los artículos 1088 a 1099 (excluidos el 1092 y 1093), en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T.XV, vol. 1º, Edersa, 1989, págs. 283 y ss., y la bibliografía allí citada.

³⁷⁴ En puridad, no hay tal “sustitución”, pues se trata de entregar “cosa genérica sin defectos”, y si se entregó cosa defectuosa, no se hizo sino incumplir la obligación dejando pendiente el cumplimiento correcto. Es el caso del artículo 11.3º de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios. *Vid.* CARRASCO, *loc. ult. cit.*

³⁷⁵ Tal sucede cuando la conducta obligada consiste en prestar una declaración de voluntad o, en palabras de la STS 28 febrero 1978 (RJ Aranzadi 593), “desarrollar la actividad necesaria para la conclusión

las consecuencias de la ejecución realizada por un tercero o por el propio acreedor, conforme a las reglas de los artículos 705 LEC, que distinguen según la condena consista en un hacer personalísimo (artículo 709) o no (artículo 706). Pero en ambos casos se satisface el interés específico del acreedor en el cumplimiento, aunque sea a costa del patrimonio del deudor, y no merced a su intervención directa³⁷⁶.

Y no creo que ni una cosa ni otra -la sustitución por el juez y la imputación al patrimonio del deudor del coste de ejecución por un tercero- tengan nada que ver con una “indemnización de daños y perjuicios”, por más que también aquí, de forma análoga a lo que sucede con la ejecución forzosa de las obligaciones de dar, sea frecuente la confusión entre ambos procedimientos. Mandar ejecutar una prestación de hacer, o destruir lo mal hecho, “a costa” del deudor, no es sino la consecuencia de una *acción de cumplimiento*, nunca es acción resarcitoria, y tiene sólo un remoto parecido con lo que sería transformar dicha obligación de hacer en la de indemnizar daños y perjuicios³⁷⁷; cuestión diferente es que si, como consecuencia de la sustitución -por el

definitiva de un contrato”. Se trata, como hemos señalado en nuestro citado comentario al artículo 1098, de la obligación derivada del precontrato, o como suele denominar el TS, siguiendo la terminología italiana, del contrato preliminar. La doctrina española se viene cuestionando hace tiempo si cabe en nuestro Derecho una solución similar a la que contempla el Código italiano de 1942, a la hora de ejecutar forzosamente tal suerte de obligaciones, es decir, si el juez puede suplir el consentimiento del obligado, o dictar una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido. Nuestra jurisprudencia aparece dividida en este punto, aunque la mayor parte de las sentencias, y en todo caso, la doctrina más reciente, se inclinan por admitir que el juez sustituya el otorgamiento del consentimiento al que se niega el deudor. Suele citarse como primera sentencia favorable a dicha solución la ya mencionada STS 1 julio 1950 (RJ Aranzadi 1187), según la cual, “La aplicación del artículo 1098, mandando hacer a costa del demandado lo que éste se resistiere a cumplir, significa en este caso... la intervención de un otorgante, que aparecería representando una voluntad que no existió, porque precisamente está dictado el precepto en términos generales para suplir por la Ley la rebeldía de la voluntad del otorgante remiso en cumplir lo pactado. Tampoco el acto de firmar una escritura de compraventa, que el recurrente califica de personalísima, es de aquellos que no puedan realizarse en nombre del obligado”. Y en términos similares se pronuncian las SSTS 21 diciembre 1955 (RJ Aranzadi 232/1956), 2 febrero 1959 (RJ Aranzadi 2894), 26 marzo 1965 (RJ Aranzadi 1481), 21 febrero 1969 (RJ Aranzadi 967), 28 junio 1974 (RJ Aranzadi 3465) y 13 diciembre 1989 (RJ Aranzadi 8824). En contra, parecen pronunciarse las SSTS 2 mayo 1959 (RJ Aranzadi 1987) y 16 octubre 1965 (RJ Aranzadi 4468). El estado de la cuestión se resume con toda claridad por la STS 25 junio 1993 (RJ Aranzadi 5384), aunque cita en apoyo de la tesis afirmativa a la sentencia que acabamos de citar, que es la única verdaderamente negativa. Es, en cualquier caso, absolutamente concluyente. Así, señala que “el precontrato es ya en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente. Debiéndose... quedar atemperada su fuerza vinculante, o cumplimiento forzoso, a dos posiciones extremas: entender que no es posible obligar a la contraparte a la prestación del consentimiento...; o bien entender, con la más reciente jurisprudencia de esta Sala, que *al consistir el objeto del precontrato una obligación de hacer, una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento; cumplimiento forzoso que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización, cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo*”.

³⁷⁶ CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fund. Univ. Jerez, 1989, págs. 33 y 37.

³⁷⁷ A lo que sí se parece esta forma de ejecución, si se mira desde el punto de vista del deudor, es a la prestación del equivalente pecuniario, puesto que, como ha señalado CAPILLA, sobre el mismo sólo pesa coactivamente el deber de costear los gastos de la intervención del tercero (*op. cit.*, pág. 33), que es una buena manera de evaluar económicamente el equivalente de la prestación, creo yo.

En las ideas del texto coincide plenamente CARRASCO (*Comentarios..., cit.*, t.XV, vol. 1º, pág. 401), cuando afirma que el “hacer a costa del deudor” en las obligaciones de hacer constituye “cumplimiento” y no “resarcimiento”. Y que en las obligaciones de hacer la prestación sustitutoria de la del deudor incumplidor es siempre acción de cumplimiento (“a su costa”) y no indemnización, sin perjuicio de que se produzcan otros daños indemnizables. Añadiendo que la importancia de la

juez, por un tercero o por el propio acreedor- de la conducta del deudor, se irrigan además unos perjuicios al acreedor (costas del procedimiento de ejecución³⁷⁸, ejecución imperfecta, *aliud pro alio*, ejecución morosa, etc.) ello deba, por supuesto, ser objeto del correspondiente resarcimiento³⁷⁹. Pero el acreedor ningún daño tiene que demostrar³⁸⁰ - entre otras cosas porque el mismo bien puede no existir- para obtener la conducta sustitutiva en que se sustancia la ejecución forzosa³⁸¹.

Con todo, es necesario aceptar, con Carrasco, que “ni el CC ni la LEC dan pie para distinguir en sede de obligaciones de hacer entre lo que es una acción de cumplimiento a costa del deudor (a la que hay que considerar como una acción de cumplimiento primaria, junto al cumplimiento específico por parte del deudor), lo que es una acción de cumplimiento por equivalente y lo que es una pretensión indemnizatoria por incumplimiento de la obligación de hacer. Esta duda proviene de

determinación de si una determinada pretensión es resarcitoria o de cumplimiento se encuentra principalmente en que para exigir el cumplimiento -en cualquiera de las formas que adopte- no es precisa la culpa del deudor.

³⁷⁸ Que de conformidad con los criterios legales más elementales, deben ser impuestas al condenado en la sentencia de cuya ejecución se trate.

³⁷⁹ Perfectamente distingue ambos remedios, en un supuesto de obligación de no hacer, la muy interesante en este punto SAT Oviedo 26 octubre 1984 (*R.G.D.* 1985, pág. 771), cuando establece que el mandato del viejo artículo 923 de la LEC de 1881 “implica requerir abstención si se trata de actividad, o bien destruir lo mal hecho si es otro el resultado, *sin perjuicio del derecho concomitante o concurrente de indemnizar daños y perjuicios* si fuese solicitado y cuantificable”. Se trataba de un caso de obligación negativa, consistente en la prohibición del ejercicio de una actividad constitutiva de competencia desleal, por utilización ilegítima de una denominación comercial, en el que el condenado sustituye la misma por otra muy similar. Y a fin de cumplir el precepto señala la sentencia que, como en este caso no es posible destruir los objetos expedidos bajo una marca prohibida, sólo cabe cominhar al condenado “a no utilizar la denominación comercial o rótulo indebidos, con el consiguiente apercibimiento por desobediencia si se persiste en la actitud prohibida, por ser esta vía coactiva la única que hace posible la efectividad de la ejecutoria. No puede decirse que la sustitución de una denominación comercial por otra implique el haber cumplido con la condena de no hacer impuesta en la ejecutoria, pues desde el punto de vista gráfico, la similitud es grande, y desde el fonético la misma se agrava sensiblemente, pues puede decirse que la utilización de la nueva denominación es un auténtico fraude que por ello no evita la competencia desleal que se trata de prohibir y que constituye el fundamento de la ejecutoria”.

³⁸⁰ El principio *in obligatione faciendi non aliud venire quam quod interest* (DONELLUS) debe entenderse adecuadamente, pues aquí el *interest* es siempre *quantitas obligationis*. *Vid. CARRASCO, Comentarios..., cit.*, t.XV, vol.1º, pág. 398.

³⁸¹ Un ejemplo (aislado) de la doctrina absolutamente contraria a la expuesta en el texto, lo constituye la STS 3 julio 1989 (RJ Aranzadi 5281), cuando establece lo siguiente: “En las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento *imputable* (¿?), que en ocasiones puede conseguirse coactivamente, aun contra la voluntad del deudor; así, el art. 1098 del CC... Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego *nemo factum cogi potest* (*sic*) y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la de indemnizar, pero para que nazca esta acción de resarcimiento es indispensable que el incumplimiento sea voluntario, es decir, que se deba a dolo o culpa del deudor o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (artículo 1101 del CC)”. En lo único que estamos de acuerdo con tal pronunciamiento es en la prioridad del cumplimiento forzoso sobre el cumplimiento por equivalente (integrado o no en la indemnización). Sin embargo, ni creemos que la obligación de cumplir sea “directa consecuencia del incumplimiento *imputable*”, como señalamos más abajo, ni que para el cumplimiento por equivalente, o la sustitución de la conducta del deudor con traslado a su patrimonio de las consecuencias de tal sustitución, sea necesario dolo o culpa del deudor o contravención del tenor de las obligaciones con arreglo al artículo 1101 del CC. ¿Para qué está, entonces, el artículo 1098? Parece como si, según el criterio de esta sentencia, todo lo que no es cumplimiento voluntario y correcto es responsabilidad, o sea, resarcimiento de daños con arreglo al artículo 1101.

que la expresión “hacer a costa” del deudor (artículo 1098 del CC y concordantes de la LEC) no es técnicamente clasificable”³⁸².

En cualquier caso, para que entre en funcionamiento esta ejecución por el acreedor o por un tercero “a costa” del patrimonio del deudor, es preciso un previo incumplimiento por el deudor. Y además el legislador requiere una verdadera certeza de dicho incumplimiento. De ahí el plazo que, según prevé el artículo 705 de la LEC, debe conceder el juez al deudor, una vez detectado tal incumplimiento, para que ejecute la prestación debida; y solamente cuando ha transcurrido dicho plazo sin éxito, cabe el remedio del artículo 1098 del CC³⁸³, a través del empleo de los “medios necesarios” que viene obligado a emplear el juez para lograr tal ejecución forzosa.

Por lo demás, como hemos señalado³⁸⁴, la realización de la prestación -de hacer o de no hacer- “a costa” del deudor, no significa, sin embargo, “a toda costa”. Por el contrario, nada impide al juez o tribunal el establecimiento de un límite cuantitativo a la valoración de esa ejecución forzosa, que posteriormente repercutirá sobre el patrimonio del deudor. Así se pronuncia la STS 12 julio 1991, en la que se recurría una sentencia que había fijado un límite económico a la realización de unas obras, entendiendo el recurrente que tal imposición implicaba el incumplimiento directo del artículo 1098, al sostener que una vez agotado aquel límite, las obras necesariamente quedarían incompletas o no coincidentes con la calidad a que se comprometió el demandado; y además, que si el repetido límite quedaba fijado varios años antes del momento de la ejecución efectiva de la sentencia firme, era seguro que las obras nunca podrían realizarse. Y señala el TS que “resulta indiscutible que la fijación de un determinado montante cuantitativo en orden a la realización de unas obras concretas, en ningún modo puede estimarse como infracción del artículo 1098 del CC o interpretación errónea del mismo, y cosa bien distinta sería que en la fase de ejecución de sentencia se viesen confirmados los temores de la parte recurrente, pues en ese caso, y partiendo de una posible calificación de deuda de valor que cabría asignar a los límites cuantitativos señalados en la sentencia, sería allí, en la indicada fase, donde, en su caso, habría de plantearse el problema de su actualización en relación con los costos entonces existentes a fin de conseguir la adecuación entre obra a realizar y proyecto, pero es de insistir que la solución de tal problema, en el supuesto de presentarse, tendría que resolverse en la vía de ejecución”.

Específicamente para las obligaciones negativas, la ejecución forzosa “deshacer lo mal o indebidamente hecho”³⁸⁵ puede resultar en ocasiones -muy especialmente en los casos de contravención- una medida excesivamente grave, a menudo demasiado

³⁸² CARRASCO, “Reparación del daño en forma específica”, en *Aranzadi Civil*, 1996, II, pág. 62.

³⁸³ Así lo establece la STS 29 junio 1988 (RJ Aranzadi 5137) en un claro caso de obligación de hacer: “El artículo 587 del CC autoriza al dueño del predio que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados, a dar otra salida a las aguas, ante cuya imposibilidad de reposición, los demandados, aquí recurridos, quedan, en principio, obligados a hacer por sí mismos las obras necesarias para esa nueva salida de aguas y sólo en el supuesto de que no las hagan, lo que habrá de ser comprobado en ejecución de sentencia, será cuando tenga virtualidad la indemnización concedida por el expresado concepto para que los actores, aquí recurrentes, puedan hacerlas a costa de aquéllos (artículo 1098 del CC y párrafo 2º del artículo 924 de la LEC)”.

³⁸⁴ Una vez más, remitimos a nuestro comentario del artículo 1098 del CC, en *Jurisprudencia civil comentada, cit.*

³⁸⁵ Solución que alcanza a los supuestos en que el deudor ejecuta mal la prestación, o de manera incompleta.

perjudicial y, en ocasiones, incluso antieconómica. Por ello, esta facultad suele ser objeto de ponderación por los tribunales, mediante el recurso a la equidad, *ex artículo 3.2. del Código civil*. Lo que da lugar a una variada jurisprudencia, que no es exactamente contradictoria, sino más bien acomodada a las peculiaridades y circunstancias de cada caso, y a la verdadera entidad de tal contravención. En síntesis, puede afirmarse que los tribunales reservan la solución destructiva para los casos de auténtica frustración de la finalidad del contrato³⁸⁶. Por el contrario, no amparan el ejercicio abusivo de la facultad destructiva, cuando entienden que no ha existido verdadera frustración de la finalidad contractual, o cuando la medida resulta excesivamente gravosa u onerosa³⁸⁷.

4.2.5.- Respecto de la pretensión de cumplimiento, y su satisfacción por vía de ejecución forzosa, nos interesa particularmente aquí destacar las siguientes observaciones en cuanto a su *naturaleza, características y presupuestos*³⁸⁸:

a) Se trata de una acción de condena, dirigida a obtener un pronunciamiento judicial por el que se imponga coactivamente al deudor la realización del comportamiento debido. La ejecución forzosa tiene un marcado carácter judicial, por lo que se ha definido como el “modo de realizarse judicialmente la obligación y la responsabilidad”³⁸⁹.

b) Salvo la posibilidad material de cumplimiento (la no-imposibilidad, como presupuesto metafísico de la ejecución forzosa), su exigencia judicial no está sometida a ningún requisito o limitación, que no sean los generales de ejercicio no abusivo de los derechos³⁹⁰. En consecuencia, como es natural, la pretensión de cumplimiento no viene supeditada a la existencia o demostración de unos daños y perjuicios, ni presentes ni futuros.

¿*Quid* respecto de un eventual requisito de imputabilidad al deudor del incumplimiento? Creo yo que tampoco es exigible, pues entiendo que mientras el

³⁸⁶ Así, la STS 19 abril 1977 (RJ Aranzadi 1658), en un caso de defectos constructivos, declara al artículo 1098 como precedente inmediato del 1591 del CC, cuya aplicación jurisprudencial ofrece un rico abanico de ejemplos acerca de la destrucción de lo deficientemente construido. Dicha sentencia ordena la total remoción de lo mal hecho y su sustitución aunque no se hayan producido aún todas las previsibles consecuencias y sólo haya resultado afectada una parte de la construcción, “sin que pueda quedar supeditado tal cumplimiento forzoso a que la defectuosa realización de la obra... haya ocasionado desperfectos en todas las plantas del edificio en cuestión, pues tal exigencia no viene impuesta por el citado artículo 1098, que sólo contempla para su aplicación el incumplimiento de lo pactado -en la forma que el artículo 1258 establece- de la obligación de hacer que proceda”.

³⁸⁷ Así, la STS 27 octubre 1987 (RJ Aranzadi 7308), contempla un supuesto en el que existía un problema con los ladrillos “cara vista” empleados en el revestimiento de un patio interior de un edificio, cuya comunidad de propietarios demandó a promotora, arquitecto y aparejadores. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, con estimación de la demanda, condenó a la promotora a “efectuar las obras precisas para la reparación” del defecto. La Audiencia Territorial de Zaragoza, sin embargo, entendió que se trataba de un defecto “de imposible reparación”, condenando al pago de una indemnización en la cuantía que desmereciese o infravalorase el inmueble, cuyo criterio confirmó el TS.

³⁸⁸ Seguimos básicamente en este punto la tipificación que, de la pretensión de cumplimiento, hacen DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 678, y PANTALEÓN, “Las nuevas bases...”, *cit.*, págs. 1728 y ss. En todo caso, es inexcusable aquí la remisión a la monografía de VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Studia Albñotiana, Bolonia, 1995., dedicada íntegramente al tema, aunque para esta caracterización, pueden verse especialmente las págs. 149 y ss.

³⁸⁹ HERNÁNDEZ GIL, “En torno al concepto de obligación”, *cit.*, pág. 468.

³⁹⁰ Artículo 7 del CC, excesiva onerosidad de la prestación, desaparición de la base del negocio, etc.

cumplimiento de la obligación sea posible (de lo contrario estaríamos ante un supuesto de extinción de la obligación *ex artículo 1182*), y por muy inimputable que haya sido el incumplimiento, es legítimo mantener al acreedor en la posibilidad del cumplimiento, incluso forzoso; y no lo contrario, exonerar de un cumplimiento posible al deudor, a costa de los intereses del acreedor³⁹¹. Como se ha señalado, la acción de cumplimiento correcto de los artículos 1096-1099 del CC está basada en el hecho objetivo del material incumplimiento, sin exigir criterio alguno de imputación del mismo al deudor³⁹²

A diferencia de lo que sucede con la reclamación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, para el ejercicio con éxito de la acción de cumplimiento específico basta acreditar el incumplimiento de la obligación, sin que el deudor pueda excusarse invocando su no-culpa, o la ausencia de daños. De donde se deduce que dicha acción de cumplimiento forzoso es absolutamente independiente de que se hayan causado daños al acreedor, y de que el deudor sea o no responsable de los mismos, pues ello es fundamento y objeto de una pretensión diferente. Si el incumplimiento es *per se* un acto injusto (salvo su inevitabilidad por *vis maior*), la acción de cumplimiento trata de evitarlo a toda costa, con independencia de que se irroguen daños al acreedor. O si se quiere ver de otro modo, menos riguroso a mi juicio, puede entenderse que el incumplimiento, en sí mismo, engendra un *eventus damni* al titular del crédito.

Tales afirmaciones vienen además apoyadas por la jurisprudencia. Así, puede considerarse emblemática, en este sentido, la STS 30 mayo 1987, que en un arrendamiento urbano condenó al arrendador “a realizar ciertas obras, de conformidad con el artículo 107 de la... L.A.U. (como es evidente, se refiere al Texto Refundido de 1964) a fin de conservar el local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido, concretamente a reparar la instalación eléctrica que suministra energía a la entidad actora para que la misma tenga una potencia de 50 kw”; y tal pronunciamiento se mantenía a pesar de que la privación del suministro eléctrico se había debido a un hecho de terceros, y por tanto no era imputable al deudor. Sin embargo, la misma sentencia desestima la reclamación de daños y perjuicios, “en cuanto la parte actora no acreditó ni su cuantía ni tampoco su existencia, ni la imputabilidad de los alegados daños a su contraparte”. Es decir, acreditado el incumplimiento, se obliga al cumplimiento forzoso, pese a no haber culpa del deudor; y por el contrario, precisamente al no existir dicha culpa, ni tampoco estar acreditados los daños, absuelve de la acción de resarcimiento³⁹³.

³⁹¹ En este punto coincidimos plenamente con la opinión de PANTALEON, “Las nuevas bases...”, *cit.*, pág. 1729, donde, además, niega que se puedan identificar de modo absoluto “el hecho que exonera de la obligación de indemnizar el daño derivado de la falta de cumplimiento” y el “hecho que extingue (o suspende) la obligación”, en abierta crítica al pensamiento de JORDANO (nota 34).

³⁹² CARRASCO, *Comentarios...*, *cit.*, t.XV, vol.1º, pág. 397, donde, además, señala que esta es la razón fundamental por la que puede afirmarse una radical diferencia entre la acción de cumplimiento y la acción de indemnización del daño de incumplimiento.

³⁹³ En términos similares se pronuncian las SSTS 12 mayo 1994 (RJ Aranzadi 3575), que condena a reparar los servicios de calefacción y agua caliente central del edificio, pero no indemnizar los daños y perjuicios, cuya pretensión no fue deducida en la demanda), 21 junio 1995 (RJ Aranzadi 5178) y 22 junio 1995 (RJ Aranzadi 5180), que obliga al acondicionamiento de un inmueble para posibilitar el acceso directo de una minusválida a su vivienda. Sin embargo, en la STS 3 julio 1989 (RJ Aranzadi 5281) parece afirmarse lo contrario, cuando se establece que la acción de cumplimiento y la obligación de cumplir es “la primera y directa consecuencia del incumplimiento *imputable*”; queremos pensar que la sentencia se está refiriendo al cumplimiento forzoso, pues la obligación de cumplir nunca puede ser “consecuencia del incumplimiento”, imputable o no, sino -como ha señalado a propósito de este pronunciamiento del TS VERDERA, *op. cit.*, pág. 138, nota 200- de la fuerza vinculante de la relación obligatoria. Por lo demás, el

No obstante, aunque la posición expuesta es la mayoritaria en la doctrina³⁹⁴, hay que destacar que tal opinión no es unánime, y cuenta con cualificados detractores³⁹⁵.

c) La acción de cumplimiento tiene preferencia sobre el resto de los remedios, lo que se desprende de la regulación de conjunto del CC, y en el caso de las obligaciones de dar cosa determinada, se proclama en el artículo 1096³⁹⁶. En la medida en que el deber de prestación (interés específico, fin típico) constituye el objetivo primordial del ordenamiento, el resto de los remedios, compatibles o no con la pretensión de cumplimiento, tienen carácter secundario o subsidiario a la prioritaria ejecución *in natura*³⁹⁷. Y ello afecta a ambas partes de la relación obligatoria, y por tanto se erige también como un verdadero derecho del deudor, de manera que el acreedor no puede optar libremente por exigir el valor de la prestación, sea como *aestimatio*, sea como indemnización por la vía de la responsabilidad³⁹⁸. Y por esta

adjetivo “imputable” parece más bien haberse “deslizado” que deliberadamente establecido, pues la sentencia tampoco establece cuáles son los criterios de esa imputabilidad. En suma, no creo que se trate de un fallo precisamente decisivo sobre la cuestión, frente a los otros numerosos que hemos mencionado.

³⁹⁴ GIORGANI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*. 2^a ed. revisada, Giuffrè, Milán, 1975, págs. 26-27; SCOGNAMIGLIO, “Il risarcimento del danno in forma specifica”, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, pág. 226; VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, T. II, trad. de Roces, Madrid, 1934, págs. 76 y ss; PUIG BRUTAU, “Comentario final...”, *cit.*, pág. 158; DÍEZ-PICAZO, *loc. ult. cit.*; PANTALEON, *loc. ult. cit.*; y “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, en A.D.C. 1991, pág. 1046; CARRASCO, *Comentarios...*, *cit.*, t. XV, vol. 1º, págs. 397 (“El deudor que incumple puede ser constreñido al cumplimiento, sea o no simultáneamente responsable de los daños”), 401 y ss.; y con acertadas precisiones, VERDERA, *op. cit.*, págs. 136 y ss.

³⁹⁵ Así, BADOSA, *La diligencia...*, *cit.*, págs. 263-264, sostiene justamente lo contrario, es decir, que para la ejecución forzosa no basta el incumplimiento material, sino que se precisa además que se deba a dolo o culpa prestable del deudor. Y ello por varios argumentos, que aluden a la identidad de fines y fungibilidad existente entre ejecución forzosa e indemnización; lo que no nos convence, pues una cosa es la compatibilidad entre ambos remedios (a la que en seguida aludiremos) y otra diferente su fungibilidad, y por otra parte, su compatibilidad se debe precisamente a que cumplen finalidades en cierto modo diferentes, dado que satisfacen distintos intereses del acreedor (la primera el de cumplimiento, la segunda el de indemnidad). Y por otra parte, añade el respetado Prof. BADOSA un argumento de justicia, según el cual sólo la culpa del deudor justificaría traspasar al acreedor el “dominio de la situación”, imponiendo él la ejecución forzosa, y privando al deudor de la posibilidad de organizar el cumplimiento de la obligación según su conveniencia. Sin embargo, privar al acreedor de tal control sólo por el hecho de que el incumplimiento no fuera imputable al deudor, siendo el cumplimiento posible, tampoco nos parece la mejor solución desde la justicia material, como queda dicho en el texto.

Desde un planteamiento absolutamente distinto de la cuestión, afirma JORDANO que la doctrina que en el ámbito de la responsabilidad contractual permanece aferrada al principio de la culpa, se ha visto obligada a reconocer la existencia de una serie de medidas contra el deudor no cumplidor que presuponen el mero hecho del incumplimiento (su materialidad) y que prescinden de la culpa de aquél. A cuyas doctrina reconoce el mérito de haberse separado de otra más antigua, que sostenía la necesidad de la culpa del deudor como presupuesto de cualquier medida contra la falta de exacto cumplimiento. Pero, como quiera de dicho jurista afirma que el fundamento de toda responsabilidad contractual es el hecho estricto del incumplimiento, negando virtualidad a la culpa como presupuesto de cualquier medida contra el defecto de cumplimiento, resarcitoria o no, tampoco encuentra necesidad de establecer ninguna consideración de “excepcionalidad” respecto de aquellas medidas que, como el cumplimiento forzoso, prescinden de la culpa del deudor.

³⁹⁶ Sobre prioridad-compatibilidad entre remedios, *vid.* VERDERA, *op. cit.*, págs. 134 y ss.

³⁹⁷ HERNÁNDEZ GIL, “En torno al concepto de obligación”, *cit.*, pág. 469; CAPILLA, *op. cit.*, págs. 92 y ss., y la bibliografía allí citada.

³⁹⁸ ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1, *La obligación y el contrato en general*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 192. Gráficamente, y siguiendo en parte los términos del artículo 1243 del CC belga, lo expresa DEKKERS, R., *Précis de Droit Civil Belge*, *cit.*, pág. 195, donde señala que el deudor no tiene el derecho de ofrecer otra cosa que la que es debida, y el acreedor no tiene derecho de

razón, el acreedor ha de pretender el cumplimiento mientras sea posible y conserve interés en él³⁹⁹. No en vano el artículo 18.2 de la LOPJ establece: “Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

Así, aunque son unánimes las voces que en la doctrina se lamentan de las deficiencias que presenta nuestro Derecho sustantivo y procesal, a la hora de hacer efectiva la compulsión del deudor para que entregue la cosa debida⁴⁰⁰, también es decidida la jurisprudencia que entiende que la pretensión de dicha entrega es prioritaria. Así lo reconocen, explícita o implícitamente, y suelen citarse las STS 8 enero 1945, 1 julio 1949, 14 junio 1957, y 2 mayo 1968. Y respecto de las obligaciones de hacer, son expresivas las palabras de la STS 24 abril 1973: “Toda ejecución transformativa (aquella denominada así por algún sector doctrinal, en que la finalidad del proceso se satisface mediante la realización, por el órgano jurisdiccional, de una conducta física distinta de la entrega, al ejecutante, de una cosa o de una cantidad de dinero, supuesto éste que contempla el artículo 924 de la LEC), puede convertirse en una ejecución ordinaria (entiende por tal el TS, al parecer, la del pago de cantidad líquida, a través del embargo) cuando la conducta impuesta por el juez no sea de posible realización, en cuyo supuesto, aquella obligación de hacer se convierte en una obligación de abonar los daños y perjuicios que surjan de la omisión de aquel quehacer decretado en la sentencia; pero para ello es preciso que se acredite en los autos tal imposibilidad, si así lo exige el acreedor, aunque prima facie aparezca como presumible esa imposibilidad, sin que, mientras tanto, se pueda entender sustituída la obligación de hacer por la de indemnizar al acreedor, y aunque el principio de economía procesal pareciera aconsejar otra cosa”.

Y sólo cuando en las obligaciones de dar la entrega no sea posible, o, en las obligaciones de hacer, cuando la imposibilidad afecta tanto al deudor como al propio acreedor o un eventual tercero, impidiendo también la conducta sustitutiva, sólo en tales casos, decimos, puede acudirse a la prestación del equivalente pecuniario (a menudo confundido en este punto con la indemnización de daños y perjuicios). En palabras de la STS 9 noviembre 1968, que incurre en dicha confusión, “aunque en principio el acreedor tiene derecho al cumplimiento natural o forzoso de la obligación convenida, siempre que exista posibilidad de imponerla, sin embargo, por excepción, el acreedor

exigir otra cosa que la que es debida. Para las obligaciones de hacer, así lo señala también ALTERINI, A., “Cumplimiento defectuoso de la obligación de hacer”, en ALTERINI-LOPEZ CABANA, *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988, págs. 117 y ss., especialmente, pág. 123.

³⁹⁹ *De lege ferenda*, propugna PANTALEON matizar este principio, por entender que en ocasiones puede resultar excesivamente duro para el acreedor, y además es insatisfactorio para la seguridad del tráfico, y propone una norma cuya idea directriz fuese que el acreedor dispusiera de la posibilidad de optar por la exigencia del valor de la prestación como daño indemnizable (lo que nosotros preferimos llamar puramente equivalente pecuniario, distinto de la indemnización) una vez transcurrido sin éxito un plazo adecuado para cumplir que fije al deudor, o de inmediato cuando sea evidente lo infructuoso de cualquier fijación de plazo (“Las nuevas bases...”, cit., pág. 1731). Sin embargo, creo que el acento debe ponerse una vez más en el interés del acreedor: si la ejecución forzosa *in natura* todavía satisface el interés del acreedor, no veo por qué motivo le vamos a dar la posibilidad de elegir la “indemnización”, ni cómo afecta ello a la seguridad del tráfico, por más que haya transcurrido un plazo “adecuado” que sólo podría establecer el juez; y si dicha ejecución ya no satisface el interés del acreedor, ningún plazo adicional hay que esperar para poner en marcha los remedios sustitutivos.

⁴⁰⁰ Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Reus, Madrid, 1986, pág. 237.

debe contentarse con la indemnización de daños y perjuicios cuando sea imposible el cumplimiento normal”⁴⁰¹.

d) Tal prioridad de la ejecución forzosa sólo tiene excepción en los casos que, por resumir, suelen comprenderse bajo la figura de la “desaparición de la base (causa) del negocio”⁴⁰².

e) La pretensión de cumplimiento comprende también la reparación de los defectos⁴⁰³ y la sustitución del objeto de la prestación defectuosa.

4.2.6.- Junto a las anteriores precisiones, hay una que interesa aquí destacar particularmente: la *absoluta compatibilidad y acumulabilidad de la pretensión de cumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios*, de manera que la segunda no absorbe a la primera.

En general, la cuestión siempre vino unida a la de la admisibilidad misma de la ejecución forzosa, a la que ya nos hemos referido, de manera que quienes negaban la viabilidad de tal medida, solían basarse -junto a otros argumentos⁴⁰⁴- en que la indemnización de daños y perjuicios viene a ocupar el lugar del cumplimiento⁴⁰⁵. En todo caso, la doctrina mayoritaria anterior a la codificación, y también entre los defensores de la ejecución forzosa, como Pothier, se mantenía la incompatibilidad de ambos remedios que, aunque diferentes entre sí, dependían de un mismo hecho, el incumplimiento de la obligación, y por tanto, habían de ejercitarse alternativa y no cumulativamente⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ En nuestro comentario al artículo 1906 (*Jurisprudencia Civil Comentada, cit.*), mencionábamos que de forma similar a la mencionada en el texto, la STS 29 junio 1985 (RJ Aranzadi 3320) contempla un supuesto de imposibilidad de poner en posesión al acreedor, “*como actividad ejecutiva cuando el objeto específico de la sentencia de condena es la entrega de una cosa determinada*”, por la insuperable realidad de la inexistencia del bien al tiempo en que se postula la entrega, por haber desaparecido durante el curso del proceso. Ello nos coloca de inmediato en un problema de imputación del riesgo de la cosa. Pero dicha Sentencia se inclina claramente por la “*correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pues la obligación principal se nova*”, citando en su apoyo la STS 9 abril 1959 (RJ Aranzadi 1545). En ésta, habían desaparecido también los bienes muebles (herramientas y recambios de automóvil) que venía obligado a entregar el demandado, por lo que la Sala remite al resarcimiento, por el procedimiento del artículo 928 de la LEC, de los perjuicios causados con el incumplimiento del fallo firme, o sea, el valor de las piezas desaparecidas. En una obligación de hacer, y con similares argumentos, la famosa STS 1 julio 1950 (RJ Aranzadi 1187), establece la necesidad de aplicar el artículo 1098 párrafo 1º -o sea, la ejecución específica a costa del deudor-, en el caso de que el obligado se resista a cumplir la obligación, “*quedando el derecho a percibir indemnización... para el caso de que el contrato no se pueda cumplir*”.

⁴⁰² Entre estos casos, mencionan PANTALEÓN y DÍEZ PICAZO la excesiva dificultad de la prestación, la destrucción de la relación de equivalencia, y la frustración del fin (*loc. cit.*).

⁴⁰³ En contra, SCOGNAMIGLIO, R., “Il risarcimento...”, *cit.*, pág. 226, quien en su particular visión de la materia, entiende que la reparación *in natura* es totalmente distinta del cumplimiento forzoso, no sólo desde el punto de vista teórico, sino también en la práctica.

⁴⁰⁴ En el incumplimiento de las obligaciones de dar, se añadía que el derecho de propiedad sigue perteneciendo al deudor (vendedor) por más que venga obligado a entregar.

⁴⁰⁵ De tal forma lo explica POTHIER, cuando se refiere a las distintas corrientes que han existido sobre la cuestión de la compatibilidad que aquí estamos examinando (*Traité..., cit.*, nº 154 y ss.).

⁴⁰⁶ Así, nos dirá POTHIER que en las obligaciones de dar procede la ejecución forzosa, que no puede paralizar el deudor indemnizando, y en las obligaciones de hacer y no hacer, sólo cabe esa indemnización, como vemos líneas atrás (*Traité..., cit.*, nº 156-157).

Sin embargo, ya el Proyecto de 1851 remite a lugares distintos el tratamiento de la ejecución forzosa y la indemnización de daños y perjuicios⁴⁰⁷, y el artículo 1096 CC acaba consagrando expresamente la compatibilidad de ambos remedios para las obligaciones de dar, solución que debe extenderse⁴⁰⁸ a las obligaciones de hacer y de no hacer, dado el carácter general del artículo 1101.

A partir del reconocimiento de dicha compatibilidad, la doctrina ha hecho algunos esfuerzos por delimitar el campo de aplicación de la acción resarcitoria, en función del ejercicio de la acción de cumplimiento⁴⁰⁹, estableciendo algunas reglas que muy resumidamente son las siguientes: 1) Quien solicita el cumplimiento, en la acción indemnizatoria no puede pedir el interés de confianza o negativo (no puedo pedir al mismo tiempo la reparación del coche defectuoso y la indemnización del daño consistente en haber comprado el coche defectuoso, y no otro de otra marca). 2) La acción de cumplimiento es compatible con la acción de indemnización por daño moratorio derivado del cumplimiento tardío (además de forzoso) de la obligación. 3) Si hay verdadera imposibilidad-inidoneidad imputable, tal como la hemos entendido más arriba, el daño por incumplimiento definitivo (*Nichterfüllungsinteresse*), diferente según nuestro criterio del equivalente pecuniario, es compatible con el daño moratorio; cabe pedir el cumplimiento por equivalente, y además la indemnización del daño derivado del retraso en el cumplimiento, y también la del daño derivado de la sustitución o subrogación de la prestación originaria por su equivalente (si lo hay y se demuestra).

Por lo demás, la compatibilidad de que venimos hablando es absolutamente admitida por la jurisprudencia, como, por ejemplo, ha señalado la STS 25 marzo 1964: “cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor puede compelir al deudor a que realice la entrega, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1101 a la indemnización de los daños y perjuicios causados, pudiendo concurrir ambas pretensiones cuando se reclame, además de la entrega, la indemnización correspondiente a la mora en el cumplimiento o a cualquiera otra irregularidad”. Más recientemente, para un interesante caso de fiducia *cum amico*, la STS 2 diciembre 1996, establece que “el artículo 1096 compatibiliza la ejecución forzosa con la compensación de daños y perjuicios a elección del acreedor”.

Y también cuando la ejecución forzosa consiste en la reparación de defectos, o sea, en obligaciones de hacer, como veíamos, se proclama de idéntica forma dicha compatibilidad en la jurisprudencia: la STS 3 febrero 1995, en un supuesto de defectos constructivos, declara perfectamente compatibles, e incluso acumulables procesalmente, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, y la reparación de los defectos constructivos que atañen a la utilidad o confortabilidad de la vivienda, siempre que por su naturaleza permitan dicha reparación *in genere*⁴¹⁰.

Esta compatibilidad demuestra que, aunque ambos remedios proceden de un mismo hecho, el incumplimiento de la obligación, satisfacen intereses distintos del acreedor. Se ha dicho que ambas persiguen una misma finalidad reparadora de las

⁴⁰⁷ No así el Proyecto de 1836, cuyo artículo 940 expresamente señalaba la incompatibilidad de la ejecución forzosa y la indemnización en las obligaciones de hacer.

⁴⁰⁸ Como propugna BADOSA, *Comentario...*, cit., II, pág. 24.

⁴⁰⁹ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t.XV, vol. 1º, pág. 400.

⁴¹⁰ Análoga, la STS 10 junio 1983 (RJ Aranzadi 3454).

consecuencias negativas del incumplimiento, de manera que la ejecución forzosa cumple una función “preventiva” del daño, mientras que la indemnización se dirige a su eliminación *a posteriori*⁴¹¹. Siendo cierta tal afirmación, creo debe entenderse adecuadamente: primero, porque la indemnización rara vez alcanza a “eliminar” el daño, sino que más bien tiende a “reparar” el mismo; y segundo, porque el interés que satisface la ejecución forzosa no es propiamente la prevención de un daño, sino el interés positivo que tiene depositado el acreedor en el cumplimiento de la obligación; no se trata ya de “evitar el daño” como de “conseguir la prestación”. Así, como queda dicho más arriba, la ejecución forzosa no requiere la existencia de daño; ni siquiera de la “eventual posibilidad de que se produzca una daño en caso de incumplimiento”. Sencillamente, no depende del daño, ni presente ni futuro. Y la *in-demnización* evidentemente sí.

Además, de tal compatibilidad se puede extraer una consecuencia práctica adicional en torno a la delimitación *aestimatio rei-id quod interest*. En efecto, supone la confirmación, sin género de duda, no obstante la tendencia a la confusión que a menudo se pueda encontrar en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia, de que el cumplimiento por equivalente es cosa distinta de la indemnización de daños y perjuicios. El primero viene a sustituir al cumplimiento *in natura* cuando éste no es posible; es decir, que sólo puede existir o cumplimiento específico o equivalente pecuniario. Y la segunda, por el contrario, es perfectamente compatible tanto con el cumplimiento en forma específica, como con dicho equivalente.

4.3.- EL CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE Y LA *PERPETUATIO OBLIGATIONIS*.

4.3.1.- *La noción de “obligatio perpetuari”*. En el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación, la extinción de la obligación resulta más una imposibilidad ontológica que un efecto jurídico; no es el resultado de una prescripción legal, sino de la propia realidad física o metafísica. Sin embargo, para que opere la extinción que establecen los artículos 1182 y 1184 del CC, es necesario que la imposibilidad no se haya debido a hecho imputable al deudor, y que éste no se haya constituido previamente en mora. ¿Qué sucede cuando falta alguno de tales requisitos, es decir, cuando la imposibilidad deriva de un hecho propio del deudor, o se produce cuando ya estaba constituido en mora? Se dice que en tal caso “la obligación no se extingue”, la obligación “subsiste” o “se perpetúa”; y ello no deja de ser llamativo e, incluso, ilógico. Cualquiera que sea la causa que produjo la imposibilidad, imputable o no al deudor, con mora o sin ella, es evidente que la obligación ya no va a poder ser cumplida; y por ello parece absurda la permanencia de un vínculo obligatorio cuya prestación ha devenido imposible. Igual que la imposibilidad originaria de la prestación determina siempre la nulidad del vínculo, al faltar la “posibilidad” como requisito de aquélla, la imposibilidad sobrevenida debería extinguir siempre la obligación⁴¹².

Sin embargo, de acuerdo con los antecedentes históricos de la institución que estudié profusamente en otro lugar⁴¹³, cuando la imposibilidad se debe a hecho del deudor, se produce la que se ha dado en llamar “extinción relativa”⁴¹⁴, es decir, la de la

⁴¹¹ BADOSA, *La diligencia...*, cit., pág. 261.

⁴¹² GIORGIANNI, *L'adempimento*, cit., pág. 171.

⁴¹³ *Vid. Cumplimiento por equivalente...*, cit., *passim*.

⁴¹⁴ MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, t. VIII, vol. I, 5^a ed. Reus, Madrid, 1950, pág. 654.

obligación *en los mismos términos que se contrajo*, que son los que han devenido de cumplimiento imposible. Nada impide, sin embargo, que en tal caso subsista para el deudor una responsabilidad, que se traduce en una transformación de la obligación originaria en su *equivalente pecuniario*, en su sustitutivo económico. La responsabilidad patrimonial surte así efectos. La expresión de las fuentes *obligatio perpetuari* es, simplemente, una locución muy gráfica, acuñada con la precisión de los grandes juristas clásicos y la añadida consustancial a la lengua latina, para indicar que la *misma obligación subsiste transformada*⁴¹⁵.

4.3.2.- *Su presencia constante en nuestro ordenamiento. Algunos ejemplos.* Ese mecanismo sustitutivo de la cosa por su precio o valor tiene un enorme alcance práctico en las soluciones que ofrece nuestro CC a un sinnúmero de problemas. Queremos con ello decir que no constituye en absoluto un expediente insólito en nuestra legislación. Antes bien, son abundantes los preceptos que, frente a la imposibilidad física o jurídica de entregar una cosa, acuden al sencillo y socorrido recurso de imponer al obligado la prestación del valor, precio o estimación dineraria de esa cosa. Y no sólo dentro del Derecho de obligaciones, en los artículos 1136 pfo. 2º, 1185, 1745, 1147 pfo. 2º, 1150, etc.⁴¹⁶, sino también en otros lugares dispersos a lo largo de todo el CC. Para demostrar lo que decimos, basta fijarse, a título de ejemplo, en los siguientes preceptos:

- Artículo 482, a propósito del llamado cuasiusufructo, o usufructo de cosas consumibles (“aquellas que no se puedan usar sin consumirlas”, dice). Con independencia de que se considere, con la doctrina clásica sobre la materia, que no se trata de un verdadero derecho real de usufructo sino de una auténtica transferencia dominical, o que se entienda, como viene haciendo la doctrina inaugurada por Jordano Barea⁴¹⁷, que se trata de un verdadero derecho real sobre cosa ajena, lo cierto es que si el uso de la cosa, por hipótesis, sólo puede realizarse mediante su consumo, es evidente que, como dice Lasarte, “no sólo no pesa sobre el usufructuario la obligación de conservar la forma y sustancia de las cosas recibidas del nudo propietario, sino que además se encuentra autorizado expresamente *ex lege* para abonar *el precio* al nudo propietario (o, en caso de haber sido *valoradas* o *estimadas*, un *tantundem*, a su elección) y ¡santas pascuas!”⁴¹⁸. O sea, ya que, por definición, no se puede devolver aquello que forzosamente se ha consumido en virtud del derecho de uso y disfrute, el legislador obliga al nudo propietario a conformarse: a) Con el avalúo o estimación efectuado al constituirse el usufructo; o, si no se hizo tal estimación, b) con el precio corriente al tiempo de cesar el usufructo; o, en este segundo supuesto y si así lo decide el cuasiusufructuario, c) con la restitución de igual cantidad y calidad⁴¹⁹. En los dos primeros casos, funciona perfectamente la sustitución cosa-precio.

- Artículo 861, relativo al legado de cosa ajena: cuando el mismo es válido, es decir, cuando el testador es sabedor de la ajenidad de la cosa legada, el

⁴¹⁵ Para entendernos: Héctor desde el más allá se le aparece a Eneas, y lo describe tremadamente desfigurado por el impacto de la muerte: “*quantum mutatus ab illo Hectore quie reddit exuvias indutus Achilli...*” (“qué cambiado, qué distinto de aquel Héctor que bien vestido devuelve las armas de Aquiles...”) (VIRGILIO, *Eneida*, Libro II, 274-275, Ed. Gredos, Madrid, 1982): la *perpetuatio* hace que sea la misma obligación (el mismo Héctor), pero transformada por el incumplimiento en un *aliud* prestacional diverso al primitivo, la misma obligación *mutata ab illo* que nació en su origen.

⁴¹⁶ *Vid.* mi análisis minucioso de los mismos en *Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, págs. 123 y ss.

⁴¹⁷ JORDANO BAREA, “El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena”, en *A.D.C.*, 1948, págs. 981 y ss.

⁴¹⁸ LASARTE, *Principios de derecho civil, T.IV, Propiedad y derechos reales* (Primera parte), Trivium, Madrid, 1996, pág. 329. (El subrayado en el texto es nuestro).

⁴¹⁹ En este caso, además de consumible, debe tratarse de cosa genérica.

heredero está obligado a adquirirla para poder satisfacer el legado; “y, no siéndole posible” a entregar al legatario la “*justa estimación*” de la cosa ajena. Poca explicación se requiere para advertir en este precepto la presencia de la *aestimatio rei* en un supuesto de imposibilidad de cumplimiento del legado.

- El artículo 863 contempla también un supuesto de legado de cosa ajena (al patrimonio del testador), pero en este caso propiedad del heredero o del legatario, y a favor de un tercero. En tal hipótesis, encontramos una clara excepción al principio general que contempla el artículo 886 del CC, en cuya virtud el heredero debe dar la misma cosa legada, y no su estimación. En efecto, según el 863 el heredero o legatario gravado con dicho legado (de cosa que le es propia, en todo o en parte) está sujeto a una obligación alternativa⁴²⁰, pues tiene libertad para elegir entre entregar la cosa legada “o su *justa estimación*”, lo que no necesita comentario a los efectos que aquí nos interesan; a no ser la indiferencia que muestra el legislador entre la cosa y su *aestimatio*. En efecto, la sustitución cosa-precio ya no es aquí un mecanismo subsidiario, ante la imposibilidad de entregar la primera, sino directamente una prerrogativa de la que voluntariamente puede hacer uso el deudor (sea heredero o legatario). Parece como si cosa y precio fueran una misma entidad económica, como si ambos fuesen idénticamente hábiles para satisfacer el interés del acreedor (legatario).

- Por razones sistemáticas evidentes, procede incluir aquí la obvia referencia al artículo 1380 del CC, que alude a la disposición testamentaria de un bien ganancial, y contempla también un claro supuesto, donde opera el mecanismo sustitutivo cosa-precio. Si en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, la cosa ganancial finalmente se acaba adjudicando a la herencia del testador, lógicamente no hay problema. Pero si no es así, es decir, si en dicha liquidación el bien objeto de disposición testamentaria se adjudica al cónyuge viudo, o lo que es lo mismo, si es imposible cumplir tal disposición, “se entenderá legado *el valor* que tuviera al tiempo del fallecimiento”. Es decir, el heredero, como *deudor* del legado, cumple mediante la *perpetuatio*, desde el momento en que está obligado a entregar la estimación.

- Artículo 886, a *sensu contrario*: Si, como decíamos, el heredero, “pudiendo hacerlo, debe entregar la misma cosa legada, y no cumple con dar su estimación”, hay que entender necesariamente que cuando “no pueda hacerlo”, o sea, ante la imposibilidad de dar la misma cosa legada, vendrá sujeto a prestar “*su estimación*”, entre otras razones, porque no queda otra salida práctica. En el ámbito del Derecho de obligaciones, es justamente esta solución la que nosotros venimos propugnando: imposibilidad-inidoneidad de la prestación misma, que se traduce en la prestación de la *aestimatio rei*. ¿Es que a alguien se le ocurriría afirmar que la (indiscutible) aplicación *contrario sensu* del artículo 886 constituye un supuesto de responsabilidad civil? ¿Es que la prestación de la “estimación” por parte del heredero, cuando la entrega de la misma cosa legada es imposible, requiere algún tipo de culpabilidad por su culpa?

- El artículo 974, a propósito de la reserva ordinaria, viudal o del cónyuge bínubo, declara la validez de las enajenaciones inmobiliarias realizadas por el viudo sobre bienes reservables, antes de celebrar el segundo matrimonio. Pero impone la obligación de asegurar “el valor” de dichos bienes frente a los hijos y descendientes del primer matrimonio. Con independencia de la discutible vigencia actual del fundamento de esta institución, lo cierto es que, nuevamente, encontramos cómo al legislador le resulta indiferente que el viudo reservista cumpla su obligación reservando los mismos

⁴²⁰ Por todos, LASARTE, *Principios de derecho civil, T.VII, Derecho de sucesiones*, Trivium, Madrid, 1998, pág. 189.

bienes objeto de reserva o el valor de los mismos, lo que viene a confirmarse en el concordante artículo 978.4º.

- El artículo 1062, dentro de la partición hereditaria, contempla también el fenómeno sustitutivo al que nos venimos refiriendo, cuando una de las cosas sea indivisible o desmerezca mucho por su división, facultando al contador-partidor a adjudicarla a uno de los herederos, “a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”.

4.3.3.- *El concepto de “equivalente” en sede de cumplimiento.* En consecuencia de todo lo anterior, y a fin de precisar conceptos, cuando aquí hablamos de “equivalente”, nos estamos refiriendo al mismo en sede de cumplimiento, o ejecución, si se prefiere. Y no al equivalente como forma de resarcimiento o reparación, pues en ocasiones se utiliza la expresión “reparación por equivalente”, como contrapuesta a la “reparación *in natura*” o “reparación natural”⁴²¹, constituyendo ambas las dos posibles formas de reparar el daño causado⁴²².

Estas dos distintas formas de concebir el equivalente son las que, desde el punto de vista procesal, establece Carreras⁴²³, cuando distingue entre dos tipos de sanciones pecuniarias: 1º) Las “perfectamente equivalentes”, que tienden a restablecer el desequilibrio patrimonial producido, valorando *con exactitud* el objeto de la prestación incumplida, y determinando con perfecta equivalencia lo que ha de pagar el que incumplió. Es lo que nosotros venimos llamando cumplimiento por equivalente. 2º) Las “imperfectamente equivalentes”, que no toman como módulo el objeto de la prestación incumplida, sino la lesión subjetiva producida en el patrimonio del perjudicado. O sea, la indemnización de daños y perjuicios. ¿Qué otra cosa es el equivalente pecuniario de la prestación que la exacta valoración del objeto de la prestación incumplida? ¿Qué otra cosa es la indemnización, sino la reparación de la lesión subjetiva producida en el patrimonio del perjudicado?

⁴²¹ Esta expresión puede encontrarse en ROCES, notas a FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, pág. 160.

⁴²² Así, nos dice GARCÍA AMIGO que “los términos generales en que está redactado el artículo 1902 (del CC) permiten una serie de posibilidades en orden a concretar aquella reparación de los daños causados: en efecto, se puede reparar *in natura*, en especie, o bien mediante la liquidación de los daños, en *dinero*; la primera forma no siempre es posible, ya que, por ejemplo, la pérdida de un brazo no es reparable *in natura*, como tampoco lo son, en general, los daños morales” (*Lecciones de Derecho Civil, II, Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 60). Añadiendo que en la responsabilidad civil contractual la reparación *in natura* puede ofrecer problemas dogmáticos de confusión con otras acciones o derechos: ejecución forzosa en forma específica, acciones reivindicativas o posesorias, etc. *Vid.* también SCOGNAMIGLIO, “Il risarcimento del danno en forma specifica”, en *R.T.D.P.C.*, 1957, págs. 201 y ss.

La distinción entre ambas formas de reparación del daño ha sido estudiada con detenimiento y agudeza por SAINZ-CANTERO CAPARROS, en *La reparación del daño ex delicto*, Comares, Granada, 1997, págs. 113 y ss., donde certeramente conecta la cuestión con el interés en la plena satisfacción del acreedor (víctima) de la obligación del *id quod interest*, para examinar el valor que en nuestro ordenamiento tiene la “restitución” que establece el artículo 111 del Código penal. ¡Qué oportunidad perdió el legislador de 1995 de sacar del Código penal para siempre las normas *civiles* que regulan la responsabilidad *civil*!

Al reflejo jurisprudencial de esta “reparación natural” en los supuestos de responsabilidad contractual nos referimos *infra*, apdo. 5.4.

⁴²³ CARRERAS, J., *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 66 y ss. En realidad el planteamiento de dicho autor no es sino el trasunto procesal de la distinción que venimos manteniendo entre equivalente pecuniario e indemnización de daños y perjuicios. Aunque terminológicamente se utilice la expresión “equivalente” para ambas cosas, modificando su adjetivación, como perfecto o imperfecto.

El equivalente que aquí nos interesa, insisto, es el que constituye una forma de ejecutar o cumplir una obligación cuya prestación ha devenido imposible o inidónea, a fin de satisfacer el interés que el acreedor tenía en su cumplimiento, sin prejuzgar el posible resarcimiento de los daños que esa situación eventualmente le pueda haber irrogado.

4.3.4.- *Su absoluta autonomía respecto de la indemnización.* El problema que nos ocupa es determinar si ese equivalente forma parte del contenido de una nueva obligación de resarcimiento de daños y perjuicios, o si, por el contrario, como venimos sosteniendo, goza de autonomía e independencia respecto de dicha indemnización⁴²⁴. Porque entre los defensores del concepto integral de la indemnización de daños y perjuicios, hay quien sostiene⁴²⁵ que cuando la imposibilidad se debe a hecho del deudor, éste no se libera, sino que “acontece lo que se ha dado en llamar *perpetuatio obligationis*” que significa “extinción de la relación y nacimiento de una obligación de indemnizar el interés contractual positivo (*id quod interest*)”. O sea, en el fondo, lo que se está discutiendo es si esa imposibilidad sobrevenida provoca una verdadera novación de la obligación, o si únicamente se produce una sustitución en el objeto de la subsistente obligación originaria, una transformación *res por aestimatio*.

Y nos gustaría saber en qué precepto legal se puede fundamentar que, dado el supuesto de hecho que contemplamos y sin necesidad de demostrar la existencia de daños al acreedor ni de relación de causalidad de éstos con la conducta del deudor, el Código civil se inclina por la *extinción* del viejo vínculo y el *nacimiento* de uno nuevo. Porque más bien parece lo contrario: tanto la tradición de la *perpetuatio obligationis*, como la dicción literal de ciertos preceptos (el propio artículo 1182 a *sensu contrario*, pues si la obligación se extingue “cuando se perdiere sin culpa del deudor”, habrá que deducir, obviamente, que “no se extingue” cuando suceda lo contrario), como también necesidades de justicia material en el orden práctico (mantenimiento de las garantías y prestaciones accesorias, por ejemplo), vienen a apuntar hacia la *subsistencia* de la obligación, que no se extingue o *nova*⁴²⁶.

⁴²⁴ Debe rechazarse de plano una tercera hipótesis, según la cual el equivalente pecuniario (de la prestación originaria) ni siquiera existe, pues sólo puede hablarse del mismo en relación con el daño. Así, señala ZOPPINI, A., *La pena contrattuale*, Giuffrè, Milán, 1991, pág. 114, que si se exceptúan las obligaciones pecuniarias y aquellas exigibles en forma específica, lo que el acreedor obtiene no es ni la prestación originariamente debida, ni su equivalente económico, sino el equivalente económico del daño que el incumplimiento ha causado y que constituye el objeto de la obligación resarcitoria.

⁴²⁵ Para explicar esta idea, tan extendida hoy en nuestra doctrina, como es sabido, tomamos las palabras de ABRIL CAMPOY-AMAT LLARÍ, “La extinción de la relación obligatoria”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil. t. II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 387, donde además se interpreta la “culpa del deudor” del artículo 1182 del CC como falta de la diligencia debida en la conservación de la cosa, según el criterio más tradicionalmente admitido por nuestra doctrina contemporánea, hasta la obra de BADOSA, que vino a demostrar lo contrario.

⁴²⁶ A ello nos referimos en el capítulo siguiente. Baste señalar aquí que, por ejemplo, POTHIER proclama el mantenimiento de tales garantías (*Traité...*, cit. nº 133), y que el propio GIORGIANNI, quien considera que la imposibilidad sobrevenida imputable produce la transformación de la obligación en otra de “resarcimiento del daño”, y que opera un cambio tan sustancial en la relación obligatoria como el que transforma la prestación originaria en una entidad económica absolutamente distinta, no tiene más remedio que aceptar que la ley evita conectar esa transformación de la relación obligatoria con la extinción del viejo vínculo y el nacimiento de un nuevo, por razones prácticas, constantemente aferradas a la tradición. Y que tales razones residen en la exigencia de asegurar al vínculo que queda tras la imposibilidad sobrevenida, las mismas garantías que acompañaban al viejo vínculo, y la persistencia de ciertos efectos, como por ejemplo, la prescripción, de modo que el cómputo del plazo iniciado mientras

Parece un poco excesivo, en ese afán unificador y globalizante de la indemnización de daños y perjuicios, afirmar que “*perpetuatio obligationis*” significa “extinción de la obligación” y nacimiento de una nueva. Porque aquella expresión indica justamente lo contrario: perpetuación, subsistencia, continuación, permanencia, o sea, no-extinción. Lo que “se ha dado en llamar” *perpetuatio*, y así se viene llamando desde las fuentes clásicas romanas, quiere decir, y dice, precisamente lo contrario de lo que cierta doctrina quiere entender. Ya lo apuntábamos en nuestro *Cumplimiento por equivalente...*: no hay novación extintiva, sino a lo sumo modificación de la *eadem obligatio*: “*quantum mutatus ab illo!*, pero siempre el mismo Héctor”. En la novación extintiva (o sea, la única auténtica), la *prior obligatio* se transforma en otra nueva (*in aliam obligationem*), de modo que *desaparece* y de sus cenizas aparece la nueva⁴²⁷, y nada de eso sucede cuando la obligación se perpetúa.

No sirve decir⁴²⁸ que hay “un cambio en el objeto de la obligación, de la prestación”, o que hay una “misma obligación con un objeto distinto”, pero que “no hay novación objetiva al faltar entre otras cosas el *animus novandi*”. Lo que habría que explicar, y a mi juicio no puede hacerse desde la teoría global del *id quod interest*, es cómo se transforma la conducta *cumplimiento* (forzoso o voluntario, específico o por equivalente) en conducta *resarcimiento* (indemnización de daños y perjuicios). Porque, desde luego, la obligación de prestar el *id quod interest* no puede ser la misma que la genuina que fue incumplida, que la originaria. En realidad, aquí tampoco hay verdadera novación, sino nacimiento de una obligación del *id quod interest* que tiene su fuente, no en la *prior obligatio*, sino en el daño, hecho ilícito o actuación injusta del deudor frente al acreedor, como consecuencia -en sí- del acto antijurídico que supone el incumplimiento. La obligación del *id quod interest*, como siempre, nace del daño (aquiliano, cabe decir).

Y tampoco se puede resolver la cuestión afirmando⁴²⁹ que todo el proceso desencadenado, a saber, pretensión de cumplimiento en forma específica, cumplimiento por equivalente, y resarcimiento de daños y perjuicios, es una misma cosa; y que el cumplimiento del *id quod interest* coincide con el “cumplimiento forzoso por equivalencia o, lo que es lo mismo, por resarcimiento de daños y perjuicios”. Resarcir no es cumplir, y cumplir no es resarcir. El cumplimiento puede ser forzoso o voluntario, *in natura* o por equivalente. Y el resarcimiento es siempre una indemnización que sólo tiene lugar cuando hay un daño derivado de cualquier lesión del derecho de crédito. Podremos, incluso, considerar el equivalente pecuniario *absorbido* por la indemnización (posición que no compartimos, como es sabido). Pero lo que nunca podrá coincidir es la conducta *cumplimiento* con la conducta *resarcimiento*; ni al acreedor, ni al deudor, ni al propio ordenamiento jurídico, les parecerá nunca la misma cosa, ni les dará igual una que otra.

Además, salvo por el hecho de que ambos, el equivalente pecuniario de la prestación y la indemnización de daños y perjuicios, tengan por idéntico objeto el pago

estaba “viva” la obligación originaria con su primitivo objeto, continúe contando a pesar de la sustitución de dicho objeto (*L'adempimento*, cit. págs. 172-173).

⁴²⁷ *Ita nova constituatur ut prior perimatur*: Ulpiano en D. 46.2.1. pr., o en Gayo, III, 176.

⁴²⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1990, págs. 46-48.

⁴²⁹ *Idem*.

de una suma de dinero, no existe ningún otro motivo para explicar que los dos conceptos “tiendan a diluirse en *partida única*”⁴³⁰. Y ello por más que en el terreno procesal la demanda pida y la sentencia conceda una cifra global que venga a representar la suma de ambas partidas.

4.3.5.- La *perpetuatio obligationis* funciona, entonces, como un mecanismo de *asignación al deudor del riesgo* inherente a la eventual imposibilidad sobrevenida de realización específica de la prestación, y no como un instrumento de imputación de los daños seguidos del incumplimiento de la obligación⁴³¹. Imputación de riesgo y responsabilidad por daños constituyen dos problemas diferentes, que no tienen por qué recibir el mismo tratamiento ni idéntica solución⁴³². Y por más esfuerzos doctrinales que se hagan en este camino, lo cierto es que no la reciben en el CC. El primero viene contemplado en los artículos 1096.3º y 1182, y el segundo en los artículos 1101 y 1108. El puro estado de *mora solvendi* o la imposibilidad debida a hecho del deudor, generan de suyo la *perpetuatio obligationis*, desplazando al deudor el riesgo; sin que para ello se requiera ni su culpa ni la existencia de daños.

Las reglas por las que se rige tal imputación de riesgos son bastante simples, de manera que la imposibilidad sobrevenida de la prestación repercuta sobre el acreedor cuando la obligación se extingue, y repercuta sobre el deudor cuando se perpetúa. Y eso sucede tanto en los artículos 1182 y siguientes, como en la imputación de riesgo que contiene el párrafo 3º del artículo 1096⁴³³. Lo que sucede es que tal perpetuación sólo puede operar, dada la imposibilidad de cumplimiento *in natura*, a través de la prestación de su equivalente pecuniario.

Así, dicha prestación no cumple en absoluto una finalidad resarcitoria sino de cumplimiento. Por eso, en la doctrina angloamericana -recuérdese la posición de Fuller- Perdue- se suele distinguir entre dos tipos de cumplimiento (*performance*): el que se realiza a través de la prestación debida (*specific*) y el que se realiza a través de algo

⁴³⁰ Según las palabras de GIL RODRÍGUEZ, J., “Responsabilidad por incumplimiento”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil*. t. II, *Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 292, donde, sin embargo, propugna acertadamente la total independencia conceptual entre prestación del equivalente (al servicio de la *perpetuatio obligationis*, y por tanto, problema de asignación de riesgos) e indemnización pecuniaria de los daños.

⁴³¹ La separación de ambos conceptos, propugnada por BADOSA, como sabemos, ha sido también seguida por GIL RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 292-293, donde señala que su independencia queda de manifiesto en el artículo 1096.1º, cuando establece la facultad del acreedor de *compeler al deudor a que realice la entrega* (de la cosa que debe o, caso de imposibilidad, su equivalente pecuniario) y *deja a salvo el derecho que le otorga el artículo 1101*, o sea, *la indemnización* de los daños y perjuicios, si el incumplimiento los hubiere causado y fueren imputables al deudor.

⁴³² Recuérdese cómo en el Derecho romano existe en las fuentes una acepción del término *periculum* para referirse al riesgo limitado que constituye la *custodia*, llegándose incluso a hablar de *periculum custodiae*, como sucede en el conocido fragmento de Gayo en D. 19.2.40: *Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*. En el capítulo 2.1 analizábamos la polémica que se plantea en la doctrina romanista entre aquellos autores que defienden la existencia de una verdadera contraposición entre riesgo y responsabilidad (BETTI y KASER) y aquellos otros que consideran que, en la realidad romana, *periculum* y responsabilidad aparecen estrechamente unidos (ARANGIO RUIZ, MIQUEL, DAZA). Pese a todo, actúa diligentemente y custodiar o conservar forman a menudo en las fuentes una unión difícilmente escindible, que ha dado lugar, en nuestra opinión, a la categoría moderna de la *obligación de medios*. Por ejemplo, *custodiam et diligentiam praestare debet* (D. 19.1.36; Paulo 7 *ad Plantium*; D. 39.2.38. pr; Paulo L. 10 *Comm. ad Sabinum*).

⁴³³ BADOSA, *Comentario del Código Civil*, cit., II, pág. 26.

distinto (*substitutional*)⁴³⁴. Y análogamente, se ha distinguido⁴³⁵ entre dos tipos de ejecución forzosa: la ejecución *directa* a través del mismo objeto que tenía la ejecución voluntaria; y *excepcionalmente*, cuando ese objeto resulta imposible por hecho del deudor, la ejecución *por equivalente*. Así, ésta es ejecución subsidiaria, pero ejecución al fin y al cabo, y por lo tanto mantiene las mismas garantías que tuviese la ejecución directa. Con ello, el esquema de posibilidades-recursos que el ordenamiento establece para la satisfacción del derecho de crédito, podría ser el siguiente: 1º) En principio, la obligación tiende al cumplimiento voluntario. 2º) Ese cumplimiento debe recaer sobre el propio objeto de la obligación (ejecución directa). 3º) Si la ejecución directa no es ya posible o idónea para la satisfacción del derecho de crédito, se acude a la ejecución por equivalente. 4º) Así, la ejecución forzosa remplaza a la ejecución voluntaria, pero tiene exactamente el mismo contenido: si es posible, de manera directa, y si no lo es, a través del equivalente. Con ello, la ejecución forzosa directa o por equivalente, viene a suplir la conducta del deudor, tratando de obtener lo que el deudor tenía que haber pretendido, ni más, ni menos⁴³⁶.

En efecto, la prestación del equivalente es una forma (subsidiaria, eso sí) de cumplimiento de la obligación por sustitución, cuando la prestación originaria resulta de imposible cumplimiento. El interés que satisface dicho remedio no es otro que el interés de cumplimiento del acreedor⁴³⁷, en la medida en que la prestación de la *aestimatio rei* viene a sustituir a la prestación misma⁴³⁸. Por eso, y no por otra razón que sería inadmisible en nuestro Derecho de obligaciones, se ha llegado a afirmar que “la obligación crediticia tiene dos formas o modos de cumplimiento, el primario⁴³⁹, que es la prestación pactada, y el secundario, que es la indemnización en valor”⁴⁴⁰. Evidentemente, ese segundo mecanismo de cumplimiento es, más que secundario, subsidiario, sustitutivo del primario, pues nunca puede verse en plano de igualdad con la ejecución directa de la prestación, ni las partes (ninguna de ellas) están facultadas para introducir libremente la sustitución. Ésta no es sino un remedio, un recurso, una solución que ofrece el ordenamiento jurídico cuando no es posible *cumplir* la obligación de otra manera. Es una cuestión bastante lógica: cuando la prestación es incumplida, pero todavía es posible e idónea, se acude a su ejecución forzosa (mas la correspondiente indemnización de daños, si los hubo); y cuando devino imposible no hay motivo para desviarse del mismo esquema, se acude a su sustitutivo en magnitud económica, mas el oportuno resarcimiento de los daños que tal subrogación acarrea.

⁴³⁴ FARNSWORTH, E., “The History and Concept of Contract Law in the United States”, en FARNSWORTH-MOZOLIN, *History and General Concept of Contract Law, in de URSS and the United States*, vol. I, Washington, 1987, págs. 299 y ss.; y *Contracts*, 2^a ed. Boston-Toronto-Londres, 1990, págs. 844 y ss.; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A comparative Account*, Oxford, 1988, págs. 1 y ss.

⁴³⁵ DEKKERS, *op. cit.*, t.II, págs. 195 y ss.

⁴³⁶ *Idem*.

⁴³⁷ Son tremadamente expresivas las palabras de PUIG BRUTAU: “Si alguien se ha obligado a entregar un objeto determinado, la entrega de este objeto constituye la prestación que resulta debida en virtud de la perfección del contrato. Esto es así, tanto si la prestación en forma específica se realiza por acto del deudor como por ejecución judicial. Pero, además, se tratará igualmente de la satisfacción del mismo interés del acreedor en la prestación debida, tanto si se produce en dicha forma específica como si se realiza a base de poner a su disposición una cantidad que represente el equivalente pecuniario de su interés en la prestación concretamente debida” (“Comentario final...”, *cit.*, págs. 151-152).

⁴³⁸ PUIG BRUTAU, “Comentario final...”, *cit.*, pág. 158; PINTÓ RUIZ, “Incumplimiento de las obligaciones civiles”, en *R. J. Cat.*, 1964, pág. 963.

⁴³⁹ Recuérdese la terminología de DOMAT, que aquí vuelve a aparecer.

⁴⁴⁰ ESPINAR, “Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1969, pág. 126.

Entendiendo así la *perpetuatio obligationis*, como factor de atribución del riesgo y no como elemento de asignación del daño contractual, puede responderse a las preguntas que llevan a Pantaleon⁴⁴¹ a afirmar que “no hay *perpetuatio obligationis* alguna”: ¿cómo podría explicarse que la imposibilidad sobrevenida fortuita libere al deudor?, se pregunta; y también ¿por qué razón va a quedar exonerado cuando dicho cumplimiento sea imposible por caso fortuito, siendo claro que el cumplimiento por equivalente siempre es posible y se mantiene que la acción de resarcimiento no es sino una auténtica acción de cumplimiento por equivalente? La respuesta a tales preguntas no está en que “el deudor no responde porque la obligación originaria se ha extinguido” pues, en efecto, ello equivaldría a incurrir en un sofisma. Más bien hay que encontrarla, como decimos, si consideramos la prestación del equivalente pecuniario (en caso de imposibilidad-inidoneidad sobrevenidas por hecho del deudor) como un factor de atribución al deudor del riesgo de la prestación: si ésta devino imposible por caso fortuito, queda exonerado el deudor, y soporta el riesgo el acreedor; si se debió a la conducta o hecho del deudor, éste soporta el riesgo y, puesto que no cabe cumplir de otra manera, presta el equivalente pecuniario. Hasta aquí el daño no ha hecho aparición, ni por lo tanto tampoco las acciones de resarcimiento; estamos, por el contrario, en sede de ejecución del contrato, de cumplimiento (o, si se prefiere, de reintegración o satisfacción del derecho de crédito lesionado).

Por todo ello, el TC tiene establecido⁴⁴² que el equivalente pecuniario satisface constitucionalmente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, del mismo modo que la ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo de la Sentencia. De donde se deduce que, al menos a los ojos de dicho Tribunal y a efectos de tutela judicial efectiva, la prestación del equivalente pecuniario no es más que una forma de cumplimiento de una obligación subsistente⁴⁴³. Por esa razón se ha dicho⁴⁴⁴ que el principio inspirador del régimen jurídico del incumplimiento es el de la tutela efectiva, que introduce un criterio de *efectividad*, de no fácil acomodo a aquellas relaciones obligatorias donde el cumplimiento por equivalente

⁴⁴¹ PANTALEON, *Del concepto de daño...*, cit., págs. 618-619.

⁴⁴² STC 29 junio 1984.

⁴⁴³ Resulta muy interesante en este punto el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 6 Febrero 1998 (*Actualidad Civil*, 1998, (a) nº 433), dictado en ejecución de Sentencia, y que viene a confirmar el anterior del Juzgado por el que se acordaba “sustituir la condena de hacer unas obras contenida en la... ejecutoria, por su equivalente pecuniario, que será determinado en la forma indicada...” Se trataba, por tanto, de un supuesto de obligación de hacer (la realización de unas obras de demolición de ciertos elementos de una edificación), diferente del de los artículos 926.3º en relación con el 928 de la LEC. Dicha obligación devino imposible como consecuencia de un verdadero *factum principis*: concretamente, el Ayuntamiento competente deniega la licencia para realizar las obras de demolición, pues ello “chocaba frontalmente con la normativa urbanística”. Y en consecuencia, el Juzgado y la Audiencia, estiman procede la ejecución por equivalencia con el siguiente argumento: “De llegar a la conclusión de imposibilidad de cumplimiento escrito, se impone acudir a otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios que el ordenamiento jurídico ofrece, para así respetar el principio de tutela judicial efectiva, extensivo también a las sentencias; y sin que tal sustitución por su equivalente suponga en modo alguno vulneración de tal derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la CE, al ser tan constitucional la ejecución que cumpla el principio de identidad total, como la que por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario (sic); lo que resulta confirmado por el artículo 18 de la L.O.P.J. y respaldado por copiosa jurisprudencia”.

⁴⁴⁴ DORAL, “Reparación y sanción. El cumplimiento de las obligaciones en forma específica”, en *A.D.C.*, 1993, pág. 592.

económico no resulta satisfactorio, pues no es capaz de corresponder al interés de reemplazo de la prestación⁴⁴⁵.

4.3.6.- *La esencial subsidiariedad del cumplimiento por equivalente.* Lo antedicho no quiere decir, obviamente, que al acreedor le resulte del todo indiferente una u otra forma de cumplimiento, o que el deudor pueda elegir libremente si cumple *in specie* o lo hace por equivalente, como si de una obligación alternativa se tratase; ni siquiera en los términos de una obligación con facultad alternativa o facultativa. Ya hemos señalado que la ejecución específica tiene absoluta prioridad, y que ambos remedios no están en pie de igualdad. Lo contrario desnaturalizaría el propio concepto de obligación: el interés del acreedor se dirige al cumplimiento *in natura*, y sólo a éste; sin embargo, cuando el mismo no es posible, siempre tiene ocasión de satisfacer dicho interés a través de la prestación del equivalente pecuniario de la prestación, o sea, la justa y precisa valoración económica de tan repetido interés.

No se nos oculta que, seguramente, la articulación de tal mecanismo supondrá para el acreedor, además, un perjuicio, que deberá ser objeto del oportuno resarcimiento a través de la indemnización. Ahí, pero no antes, entra en juego la genuina responsabilidad. Eso, y no la sustitución prestación por equivalente, es “reparar el daño causado” (artículo 1902 del CC) o “indemnizar los daños y perjuicios causados” (artículo 1101). Sin embargo, en tal caso estamos en presencia de un remedio diferente, que exige la demostración del perjuicio y de un criterio de imputación (el dolo o negligencia que menciona dicho artículo 1101). Lo que, según hemos dicho, no es necesario para exigir el cumplimiento, tanto en forma específica como, si no queda otra solución, por equivalente.

De donde se deduce, con toda claridad, que propugnamos la absoluta compatibilidad entre el remedio “prestación del equivalente pecuniario” y la indemnización de daños y perjuicios. El primero es cumplimiento -con todos los matices que se quieran- y el segundo es resarcimiento. No sólo son compatibles, sino que muy a menudo aparecerán simultáneamente, dado que, como acabamos de expresar, el mero hecho de sustituir la prestación originaria por su equivalente, dará lugar muy frecuentemente a la causación de daños al acreedor, que deberán ser indemnizados, si se cumplen las demás condiciones para la efectividad de tal remedio resarcitorio.

Sólo hay un supuesto en que, al menos aparentemente, puede identificarse cumplimiento por equivalente e indemnización de daños y perjuicios: el de la obligación pecuniaria. En tal caso, como se ha señalado⁴⁴⁶, es obvio que la obligación primaria permanece inalterada en su manifestación indemnizatoria o resarcitoria, y se puede decir que el “resarcimiento en forma específica” tiene aquí por objeto el dinero y, por tanto, tiene el mismo contenido que la obligación primaria. En realidad, también aquí hay que distinguir cumplimiento (pago del principal) de resarcimiento (pago de los intereses en que, por ministerio del artículo 1108 del CC, consiste siempre la

⁴⁴⁵ Sin embargo, dicho DORAL también señala que “colocar en el mismo plano la prestación *in specie* o por equivalente dejándolo a la elección del deudor no excluye la consecuencia absurda de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de una obligación válida, y entendida como alternativa no es indiferente a la *utilitas* del acreedor” (*loc. ult. cit.*). No obstante, a esta aparente objeción a la autonomía del equivalente pecuniario, nos referimos precisamente en el párrafo siguiente.

⁴⁴⁶ VALENTE, *La liquidazione materiale del danno per equivalente pecuniario*, Jovene, Nápoles, 1963, pág. 211

indemnización por daños derivados de la mora). Lo que sucede es que, en puridad, no cabe hablar de cumplimiento por equivalente de las obligaciones pecuniarias: dicho remedio lo hemos venido reservando a los supuestos de imposibilidad-inidoneidad de la prestación, y por virtud del principio *genus numquam perit* (nacido de los comentaristas medievales, *genus perire non censetur*), nunca podrán darse tales supuestos en las obligaciones pecuniarias.

4.3.7.- *Su radical diferencia con el concepto de daño.* Como dice la doctrina⁴⁴⁷, no es nunca daño la no-prestación considerada en cuanto tal, la ausencia del deber de entrega, de cumplimiento en general. Y por este motivo, como decimos, el cumplimiento por equivalente, e incluso la *aestimatio rei*, no son partidas verdaderamente indemnizatorias. E igualmente, cuando en el contrato bilateral el acreedor acude al remedio resolutorio, no puede cifrar los daños en la falta de recepción de la prestación del deudor, pues él se ha librado de la propia. Si el dueño de la obra no paga al contratista, y éste resuelve el contrato, no podrá pedir en concepto de daño la remuneración pactada; nada hay que remunerar, puesto que no realiza la obra (STS 4 julio 1988). Cuestión diferente es que demuestre la existencia de verdaderos perjuicios derivados del impago o de la resolución: por acopio de materiales o herramientas no utilizadas, por contratos no realizados, etc⁴⁴⁸.

4.3.8.- *El criterio de fungibilidad de la conducta.* En lugar del criterio imposibilidad-inidoneidad⁴⁴⁹, en ocasiones se ha trasladado la sede del equivalente pecuniario al criterio de *fungibilidad* de la conducta del deudor. Así, señala Pintó⁴⁵⁰ que “cuando el deudor se resiste a cumplir la obligación contractual, el Derecho, según los casos, podrá satisfacer con mayor o menor perfección el interés del acreedor. Si la obligación es fungible, o sea, que su prestación puede ser substituida por otra idéntica (pone como ejemplo la de entregar cosa genérica, o la de hacer cuando la acción no se concierta en atención a la personalidad o dotes del ejecutor), el acreedor obtendrá, si quiere, efectivamente tal prestación por los medios que el Derecho efectivamente establece. Pero si no lo es, de suerte que su cumplimiento exija la actividad personalísima del deudor, o, en fin, por su índole no pueda ser exactamente sustituida por otra (y señala como ejemplo la de dar cosa determinada, o de hacer algo que sólo el deudor puede realizar), entonces el Derecho no tiene otro remedio que sustituir la prestación genuina por otra equivalente, que es dinerario y que la doctrina señala con el

⁴⁴⁷ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t.XV, vol. 1º, pág. 676.

⁴⁴⁸ Así, la STS 23 marzo 1992 (RJ Aranzadi 2277) establece claramente que “en cuanto al derecho de una parte contratante a ser indemnizada por los perjuicios causados por el incumplimiento de la otra, no existe precepto legal alguno que justifique la limitación de su importe económico al valor del objeto del contrato cuando tales perjuicios se están produciendo en tanto no se dé real cumplimiento al contrato; otra cosa supondría cercenar el derecho del perjudicado a obtener un total y pleno resarcimiento”.

⁴⁴⁹ Así hemos configurado la prestación del equivalente pecuniario más arriba. Con distinta terminología, es el criterio que establece GIORGIANNI, cuando señala que la ejecución forzosa denominada por equivalente presupone que el acreedor haya renunciado al cumplimiento tardío o que el deudor sea incumplidor en modo definitivo, lo que le lleva a pensar en una simple transformación de la obligación en el resarcimiento del daño (*L'inadempimento*, cit., pág. 181).

⁴⁵⁰ Sin duda, por la idea y también por la terminología, sigue dicho autor el pensamiento de BETTI, quien en caso de incumplimiento distingue dos hipótesis: 1) Que la prestación tenga carácter fungible y, por tanto, puede subrogarse la cooperación que viene a faltar, en cuanto que la típica utilidad que aquélla estaba destinada a proporcionar al acreedor puede obtenerse también mediante la actividad de un tercero. 2) Que la prestación sea infungible, y por tanto no sea subrogable, en cuyo caso debe concederse al acreedor la posibilidad de satisfacerse mediante una compensación pecuniaria (*Teoría generale...*, cit., I, pág. 51).

nombre del *id quod interest*⁴⁵¹. Pero este *id quod interest* es distinto de la indemnización de daños y perjuicios, aunque ambos se traduzcan, en definitiva en el pago de una determinada cantidad en metálico. El *id quod interest* es el substitutivo del valor económico de la prestación, que por no ser fungible y exigir la intervención personal del deudor, el derecho no puede hacerla efectiva; y la indemnización de daños y perjuicios contiene los conceptos que expresa el artículo 1106, o sea, el daño y el lucro cesante”⁴⁵².

Como queda dicho, no aceptamos ni tal terminología, ni la inejecutabilidad de las obligaciones de dar cosa determinada, pues contundentemente ofrece al acreedor el artículo 1096 del CC la posibilidad de *compulsión* al deudor para la ejecución forzosa de tales obligaciones *independientemente* de la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101. Sin embargo, debe observarse, en todo caso, que el criterio de la fungibilidad no es tan diferente como puede parecer a primera vista, pues coincide con el esquema que hemos expuesto en cuatro cuestiones fundamentales: 1º) La absoluta prioridad de la ejecución forzosa, como remedio preferente, siempre que sea posible. 2º) El recurso al equivalente pecuniario sólo procede cuando *no sea posible* la realización *in natura*, siquiera por ejecución forzosa. 3º) La prestación del equivalente pecuniario no es sino una forma de satisfacer el interés de cumplimiento del acreedor, cuando no es posible hacerlo de otra manera⁴⁵³. 4º) La radical diferencia conceptual y de contenido que existe entre la prestación del equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios.

4.3.9.- *Reflexión en torno a la patrimonialidad de la prestación*. Por último, debemos hacer notar que la posibilidad de cumplimiento por equivalente pecuniario es, además, una consecuencia directa de la patrimonialidad de la prestación objeto de la obligación. No es éste, obviamente el lugar adecuado para examinar tan polémica cuestión⁴⁵⁴, que por otra parte no cuenta en nuestro derecho positivo con los problemas del Código italiano. Pero debe admitirse que, si bien la opinión dominante viene

⁴⁵¹ A esa prestación del equivalente la denomina PINTÓ *id quod interest*, terminología que ya hemos explicado no nos parece correcta, aunque se debe a una confusión históricamente justificable. *Vid. Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, apdo. 1.4.2.b).

⁴⁵² PINTÓ RUIZ, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios, durante el año 1957”, en *R. J. Cat.*, 1958, pág. 205.

⁴⁵³ Así, el propio PINTÓ RUIZ, en “El incumplimiento de las obligaciones civiles”, *cit.*, págs. 962 y ss., estudia la prestación del equivalente pecuniario a propósito de las *acciones de cumplimiento*.

⁴⁵⁴ Es bien sabido que, a partir de la posición de SAVIGNY, quien (sobre la base de D. 40.7.9.2: *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*, lo que obedece sin dudas a las exigencias del procedimiento formulario) mantuvo que sólo los actos susceptibles de valoración en dinero pueden ser objeto de obligación, se abre una larga polémica, desde que WINDSCHEID y, sobre todo, IHERING vienen a sostener justamente lo contrario, propugnando la existencia de verdaderas obligaciones extrapatrimoniales. Más tarde se acude a una posición llamada “intermedia” distinguiendo entre la prestación, que debe ser susceptible de valoración económica, y el interés del acreedor, que puede no ser patrimonial; criterio que llega a tener entrada en el Código italiano (artículo 1174), lo que ha dado lugar a un sinnúmero de trabajos y teorías en la doctrina de aquel país (por todos, *vid. GIORGIANNI, L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Giuffrè, Milán, 1968, págs. 29 y ss.), y que, por el contrario, es expresamente rechazado por el Código civil portugués (artículo 398.2º). En España, tras los minuciosos estudios de HERNANDEZ GIL, radicalmente opuesto a la exigencia de la patrimonialidad (también BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *La obligación*, Edersa, Madrid, 1989, pág. 68), la cuestión ha venido resolviéndose en sede de responsabilidad, y no de débito, dado que la responsabilidad sí es siempre patrimonial con arreglo al artículo 1911, si bien la prestación misma no necesariamente tiene que serlo. Para la doctrina española, puede verse CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, *cit.*, t.III, págs. 65 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *cit.*, I, vol. 2º, págs. 24 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, *cit.*, págs. 29 y ss.; LACRUZ, *Elementos...*, *cit.*, II, vol. 1º, págs. 22 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 83 y ss.; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios...*, *cit.*, t. XV, vol. 1º, págs. 20 a 39.

rechazando tal pecuniariedad de la prestación como requisito de la obligación, “lo que sí hay es que, en un sistema -como el de nuestro Código- en el que, frente al acreedor, la responsabilidad del deudor que no cumple la prestación es sólo responsabilidad patrimonial (artículo 1911) es necesario que, de un modo u otro, sea fijable una cifra para la responsabilidad, pues, de no serlo, no habría posibilidad de concretar ésta, y, en tal caso, tampoco habría posibilidad de constreñir (no existiría la *necesitas* que ha de encerrar el vínculo obligatorio), sino cuando el deudor pudiese ser compelido al cumplimiento forzoso en forma específica”⁴⁵⁵. En definitiva, lo que se propugna es que la reparación puede ser pecuniaria aunque la prestación no lo sea.

Sin embargo, hay que reconocer que, excepcionalmente, en aquellos casos en los que la prestación en sí misma tenga un valor extrapatrimonial⁴⁵⁶, lo que en general se viene admitiendo por la mayoría de nuestra doctrina⁴⁵⁷, y compartimos, es que por definición ello hará imposible la prestación de un “equivalente pecuniario”.

En tal caso, tampoco es necesario acudir a dicho equivalente (inexistente, insisto), porque, en realidad, la única reacción posible del ordenamiento será cubrir el “interés de indemnidad” del acreedor, de forma análoga a lo que sucede con la responsabilidad extracontractual y la reparación del daño moral, cuya cuantificación nada tiene que ver con ninguna clase de equivalencia, sino que queda al arbitrio de los jueces y tribunales. En consecuencia, no es que aquí el equivalente pecuniario se confunda con la indemnización, sino que sencillamente *no hay equivalente*, sino sólo indemnización.

4.4.- LA RESOLUCIÓN Y OTROS REMEDIOS PROPIOS DEL CONTRATO SINALAGMÁTICO.

Comentario [DL1]:

4.4.1.- *Los efectos especiales del contrato bilateral.* Cuando el derecho de crédito lesionado se inserta dentro de una relación obligatoria sinalagmática⁴⁵⁸, el acreedor tiene a su disposición algunos instrumentos jurídicos específicos: además de las especialidades que la mora presenta en este tipo de relación⁴⁵⁹, también aparece

⁴⁵⁵ ALBALADEJO, *loc. ult. cit.* En sentido muy similar, DE LOS MOZOS, J.L., *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Cívitas, Madrid, 1988, págs. 325-328.

⁴⁵⁶ Señala DÍEZ-PICAZO que ello sucederá muy a menudo con las obligaciones de no hacer, como por ejemplo, el deber de guardar secreta la filiación verdadera de una persona, asumido por contrato, por quien, en otro caso, no tendría obligación de reservar la noticia (*Fundamentos...*, *cit.*, pág. 87).

⁴⁵⁷ No falta quien sostiene que “en la obligación en sentido técnico se da siempre, al menos como posibilidad tenida necesariamente en cuenta (posibilidad actuante), la prestación subsidiaria en valor abstracto (dinero), y ha de existir un procedimiento para la valuación (cobertura concreta), o si el valor no fuese directamente cuantificable, para un compensación equitativa (cobertura abstracta). Es un error ver en esta prestación subsidiaria tan sólo una sanción, es decir, una especie de pena” (ESPINAR, *op. cit.*, pág. 126).

⁴⁵⁸ *Vid.* ALONSO PÉREZ, M., *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1967; VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura de la obligación*, *cit.*, págs 241 y ss., capítulo dedicado a “Apuntes en tema de bilateralidad en las obligaciones”.

⁴⁵⁹ Particularmente dos: 1º) La cuestión de si, para la existencia de la mora en las obligaciones recíprocas, es precisa la intimación o requerimiento al deudor, es objeto de una amplia polémica doctrinal y jurisprudencial, que ha sido objeto de estudio monográfico (por todos, en una dirección, ALBALADEJO, *La mora en las obligaciones recíprocas*, *cit.*, págs. 9 y ss.; “De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas”, *cit.*, págs. 29 y ss.; y en su comentario al artículo 1100, de los *Comentarios al Código Civil...*, *cit.* t. XV, vol. 1º, págs. 364 y ss.; y en la otra, CRISTOBAL-MONTES, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984; etc.); a) Por un lado, y desde una interpretación absolutamente literal del último inciso del artículo 1100, se sostiene que para poner en mora al otro contratante en las obligaciones recíprocas, no es necesario el requerimiento, sino que basta cumplir la propia prestación, y desde tal

momento nace dicha mora. “Desde que uno... cumple..., empieza la mora para el otro”, puede leerse en el precepto, y quienes se atienden estrictamente a su letra, eximen de realizar la intimación, pues tan pronto uno cumple, el otro está en mora. En la jurisprudencia, así lo establecen las SSTS 2 diciembre 1898, 15 febrero 1905, 31 mayo 1916, 24 octubre 1941 (RJ Aranzadi 1158), 9 noviembre 1944 (RJ Aranzadi 1183), 22 marzo 1950 (-RJ Aranzadi 710-), “en las obligaciones recíprocas es innecesaria toda interpelación”, 1 mayo 1950 (-RJ Aranzadi 728-), “en las obligaciones recíprocas, la mora empieza para el incumplidor desde que el otro contratante cumplió su obligación, sin necesidad de previa interpelación del acreedor”), 17 marzo 1956 (RJ Aranzadi 1168), 17 enero 1967 (RJ Aranzadi 77), 12 mayo 1976 (RJ Aranzadi 2040), 17 mayo 1976 (RJ Aranzadi 2186), 27 enero 1978 (RJ Aranzadi 16, “sin el menor género de dudas”), 29 marzo 1980 (RJ Aranzadi 1143), 24 mayo 1980 (RJ Aranzadi 1963), 29 noviembre 1982 (RJ Aranzadi 6938), 26 febrero 1985 (RJ Aranzadi 775), 29 marzo 1985 (RJ Aranzadi 1256), 27 mayo 1985 (RJ Aranzadi 2814), 26 febrero 1985 (RJ Aranzadi 775), 13 marzo 1987 (RJ Aranzadi 1478), 21 abril 1987 (RJ Aranzadi 2719), 1 junio 1987 (RJ Aranzadi 4021), 23 marzo 1992 (RJ Aranzadi 2277) y 2 noviembre 1994 (RJ Aranzadi 8364). b) Por el contrario, y acudiendo al resto de los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del CC, se ofrecen toda una serie de argumentos -hasta diez enumera ALBALADEJO-, según los cuales la interpretación correcta del último párrafo del artículo 1100 es la siguiente: Cuando se trata de obligaciones recíprocas, dada su interdependencia, y siempre que no se haya pactado su cumplimiento no simultáneo, para que uno de los deudores incurra en mora no basta la simple llegada del momento del cumplimiento (si se trata de obligación en la que la mora se produce automáticamente) o el requerimiento del acreedor (si éste es preciso para constituir en mora al obligado), sino que además hace falta que el otro contratante cumpla o se allane a cumplir lo que le incumbe. O sea, el hecho de que la obligación sea bilateral, según esta posición, no afecta a la necesidad de requerimiento, que sigue siendo necesario para la constitución en mora del deudor, fuera de los dos casos previstos en el párrafo segundo del propio artículo 1100. Parecen inclinarse por esta tesis, y así lo señala ALBALADEJO respecto de algunas, aunque desde luego todas ellas lo hacen con mucha más timidez que las que sostienen lo contrario, las SSTS 17 octubre 1924, 13 abril 1931, 15 marzo 1934 (RJ Aranzadi 462), 20 febrero 1950 (RJ Aranzadi 550), 26 mayo 1966 (RJ Aranzadi 2745), 26 febrero 1970 (RJ Aranzadi 1013), 22 octubre 1971 (RJ Aranzadi 4724), 26 marzo 1974 (RJ Aranzadi 452), 28 noviembre 1978 (RJ Aranzadi 4293), 2 enero 1980 (RJ Aranzadi 77), 9 junio 1986 (RJ Aranzadi 3298), 2 julio 1994 (RJ Aranzadi 6422). En buena parte de estas sentencias, el TS se está refiriendo más bien al requisito de la culpa que propiamente al de la intimación, entendiendo que, o bien el retraso no era imputable al deudor, o bien, al tratarse de obligaciones recíprocas, se aplicó la compensación de la mora. Todo lo antedicho se encuentra sometido a un régimen especial cuando de la compraventa de bienes inmuebles se trata, por imperativo del artículo 1504 del CC, según un buen número de SSTS, que nuevamente aquí vienen a diluir la frontera entre mora, que siempre puede admitir el cumplimiento tardío, e incumplimiento definitivo. La STS 1 junio 1987 (RJ Aranzadi 4021) viene a recoger la doctrina plasmada ya en las SSTS 29 noviembre 1982 (RJ Aranzadi 6938), 9 noviembre 1984 (RJ Aranzadi 5372), 26 febrero 1985 (RJ Aranzadi 775), 25 mayo 1985 (RJ Aranzadi 2814), etc.: “Es doctrina reiterada la de que el precepto general del artículo 1100 del CC, relativo a la mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, y de no ser necesario el requerimiento al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe según el contrato, cede ante el precepto más específico del artículo 1504 del CC cuando sea inmueble el objeto de la venta, según el cual, aun a falta de pacto comisorio expreso, podrá pagar el deudor mientras no sea requerido judicial o notarialmente, lo que no es sino un beneficio para el comprador, quien, a pesar de su incumplimiento o falta de pago en el plazo aceptado, tiene una posibilidad de cumplir, salvo que medie el aludido requerimiento, concebido por la jurisprudencia en el sentido de constituir una notificación del deudor obstante al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, mas no un requerimiento o intimación para el pago del precio”. Es, por tanto, como si el acreedor -el contratante que cumplió lo que le incumbía- tuviera la posibilidad de decidir a su voluntad si la falta de cumplimiento del deudor es sólo constitutiva de mora, a cuyo fin le bastaría con no requerirle, o produce los efectos resolutorios derivados del incumplimiento definitivo, para lo cual necesita practicar el requerimiento. Es decir, según la doctrina jurisprudencial que acabamos de exponer, la práctica del requerimiento tiene justamente los efectos contrarios de los que produce normalmente: no constituye en mora al deudor, sino que impide el cumplimiento tardío o moroso. *Vid.* nuestro comentario al artículo 1100 en *Jurisprudencia Civil Comentada, cit.*

2º) Aparte de todo ello, y para las obligaciones recíprocas, el primer inciso del último párrafo del artículo 1100 establece la llamada “compensatio mora”, que exime de toda explicación la propia claridad de las SSTS 4 noviembre 1963 (RJ Aranzadi 4398) y 2 enero 1980 (RJ Aranzadi 77): Para la primera, “en las obligaciones bilaterales, sinalagmáticas y recíprocas, opera la exceptio non adimpleti contractus cuando el actor no cumplió su prestación ni ha ofrecido realizarla, existiendo en tal supuesto la

alguna otra a la hora de calcular el *quantum* indemnizatorio dentro del remedio responsabilidad *strictu sensu*, pues parece razonable⁴⁶⁰ tener en consideración en dicho cálculo el valor patrimonial que el acreedor se ahorra al no tener que cumplir su propia prestación⁴⁶¹; pero fundamentalmente, entre los llamados “remedios sinalagmáticos”,⁴⁶² deben mencionarse la *exceptio non adimpleti contractus*, y la opción resolutoria que contempla el artículo 1124 del CC para el caso de incumplimiento, a favor del contratante perjudicado por el mismo⁴⁶³.

4.4.2.- En cuanto a la *excepción de incumplimiento contractual* (y paralelamente la *exceptio non rite adimpleti contractus* para los casos de cumplimiento defectuoso en cantidad, calidad, manera o tiempo), poco interés tiene a los efectos delimitadores de la autonomía del equivalente pecuniario que aquí nos ocupan, pues nos coloca justamente en la hipótesis opuesta: se da por consumado, y en cierto modo se asume, el incumplimiento de la otra parte, para rechazar (temporalmente, mientras tanto) el cumplimiento propio. Pero no se exige, al menos de forma directa, cumplimiento de ninguna clase, ni específico ni por equivalente⁴⁶⁴.

4.4.3.- Mayor utilidad puede ofrecernos una breve reflexión en torno a la *facultad resolutoria del artículo 1124*, aunque obviamente no podemos ni intentamos estudiar aquí a fondo la misma. Es bien sabido que cuando la obligación incumplida⁴⁶⁵

compensación de la mora”; y para la segunda, “al declarar la sentencia recurrida que el incumplimiento del contrato ha sido recíproco, no cabe hablar de mora, ni del comprador ni del vendedor, pues en tal supuesto, tanto uno como otro han incurrido en mora”. Insistiendo las SSTS 29 noviembre 1966 (RJ Aranzadi 5552) y 13 abril 1992 (RJ Aranzadi 3100) en que dicha “compensatio mora sólo se da en las obligaciones recíprocas, es decir, entre las que existe mutua correspondencia”. En similares términos se pronuncian otras numerosísimas SSTS, que recogemos en nuestro citado comentario al artículo 1100 del CC. En efecto, muchas sentencias cifran el fundamento de la compensación de la mora en las obligaciones recíprocas en la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando en realidad ambas, la excepción de contrato no cumplido y la compensación de la mora, son dos consecuencias o efectos distintos de un mismo principio general consistente en el cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas. Es decir, ambos son efectos especiales del contrato bilateral (*vid. ALONSO PÉREZ, loc. ult. cit.*).

⁴⁶⁰ Así lo indica DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit. pág. 692.

⁴⁶¹ Ello, se entiende, siempre que el acreedor opte por la resolución, recuperando la prestación que hizo, o ejerzite la *exceptio non adimpleti contractus*, pues si opta por el cumplimiento nada hay que deducir.

⁴⁶² PANTALEÓN, “Las nuevas bases...”, cit., págs. 1727.

⁴⁶³ OGAYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina Jurisprudencial sobre los Artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1983, págs. 16 y 17, señala que las consecuencias de la interdependencia de las respectivas prestaciones que caracterizan el vínculo de reciprocidad típico de la obligación bilateral son: a) Cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, de cuya exigencia deriva la *compensatio mora* y la *exceptio non adimpleti contractus*. b) La posibilidad de resolver el contrato cuando uno de los contratantes incumple su obligación. c) *Teoría de los riesgos*, según la cual, cuando se produce la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones por caso fortuito o fuerza mayor, la obra parte queda liberada de cumplir la suya. Y por su parte, la STS de 3 diciembre 1955 (RJ Aranzadi 3604) establece que las consecuencias jurídicas del sinalagma las recoge el artículo 1124 (*q.?*) “regulando como efectos propios de estas obligaciones la *exceptio non adimpleti contractus*, la *compensatio mora* y la resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes”. Sobre la cuestión *vid.* también VATTIER, *Sobre la estructura de la obligación*, cit., págs. 272 y ss.

⁴⁶⁴ Sobre la cuestión, por todos, puede verse ESPÍN CÁNOVAS, D., “La excepción de incumplimiento contractual”, en A.D.C. 1964, págs. 543 y ss.; OGAYAR Y AYLLÓN, *op. cit.*, págs. 33 y ss.; PERSICO, G., *L'eccezione d'inadempimento*, Milán, 1955, sobre todo, págs. 14 y ss.; GRASSO, B., *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Camerino, 1973.

⁴⁶⁵ Respecto el incumplimiento susceptible de dar lugar a la resolución contractual, y su correcta tipificación, se han escrito ríos de tinta, pero ello, obviamente, escapa al objeto de estas páginas. Me remito a los estudios sobre la cuestión de MOSCO, L., *La resolución de los contratos por incumplimiento* (con un interesante apéndice de PINTÓ RUIZ), trad. esp., Dux, Barcelona, s.f., págs. 25 y ss.; PALMIERI,

es fruto de un contrato bilateral, el acreedor -que cumplió lo que le incumbía- puede obtener la resolución del contrato. El artículo 1124 del CC precisamente configura dicha facultad como una opción, alternativa al cumplimiento forzoso, y que se concede al acreedor “perjudicado”, considerándole como el mejor árbitro de la situación⁴⁶⁶, quien sabrá valorar la mejor forma de satisfacer su interés lesionado.

Pues bien, en cuanto a su relación con el resto de los remedios frente al incumplimiento, expresamente se pueden obtener del precepto dos importantes conclusiones: 1º) La absoluta incompatibilidad entre la pretensión de cumplimiento y la pretensión resolutoria, pues optar por una equivale automáticamente a descartar la otra. Esto es fácil de entender. 2º) La esencial compatibilidad entre cualquiera de los dos mecanismos, y el “resarcimiento de daños y abono de intereses”⁴⁶⁷, y por tanto, entre la resolución y dicho resarcimiento.

Y la combinación de ambas afirmaciones tiene una incidencia crucial en el tema que nos ocupa, en virtud del siguiente razonamiento: si se admite que la prestación del equivalente pecuniario *es* una forma subsidiaria de cumplimiento, cuando el acreedor perjudicado opte por la resolución, ya no podrá obtener ni pedir dicho equivalente, pues la incompatibilidad entre cumplimiento y resolución se lo impide; si, por el contrario, se decide que la prestación de la *aestimatio rei es* indemnización de daños y perjuicios, como componente que forma parte de un concepto integral del *id quod interest*, además de la resolución del contrato bilateral, el acreedor podrá aspirar a obtener ese equivalente pecuniario, pues la compatibilidad entre resolución e indemnización así se lo permite. Es preciso, por tanto, examinar las dos conclusiones anteriormente mencionadas.

4.4.4.- La absoluta *incompatibilidad entre cumplimiento y resolución* puede argumentarse desde el tenor literal del artículo 1124 del CC, desde razonamientos puramente procesales, o desde el más elemental sentido común que impregna ambos criterios. Así, el artículo 1124 faculta para “*escoger* entre exigir el cumplimiento *o* la resolución de la obligación”, lo que semánticamente ya indica la alternatividad de ambas soluciones, a elección del acreedor. Se trata de dos acciones antitéticas o contrarias entre sí. Cumplimiento es ejecutar la obligación, y resolución es dejarla sin efecto.

D., *La resolución por incumplimiento en la jurisprudencia*, Giuffrè, Milano, 1994; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 710 y ss.; OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina Jurisprudencial sobre los Artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1983, págs. 80 y ss.; DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento* (Prólogo de J.L. DE LOS MOZOS), Acta Salmanticensia, Salamanca, 1981, págs. 169 y ss.; MOLINA GARCIA, A., *La resolución de la compraventa de inmuebles*, Montecorvo, Madrid, 1981. MONTÉS PENADÉS, V.L., “Comentario al artículo 1124 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., T.XV, vol. 1º, págs. 1230 y ss.; JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 57 y ss.; CLEMENTE MEORO, M., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992; ALVAREZ VIGARAY, R., “Comentario al artículo 1124 del CC”, en *Comentario del Código Civil*, cit., t. II, págs. 97 a 99.

⁴⁶⁶ Así lo expresa gráficamente DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 696.

⁴⁶⁷ Por si existe alguna duda, las SSTS 3 diciembre 1920 y 6 mayo 1911 establecen que “la frase resarcimiento de daños y abono de intereses empleada en este artículo equivale y es sinónima en el espíritu de la Ley a la indemnización de daños y perjuicios, porque de otra suerte, resultaría una diferencia inexplicable entre los artículos 1101 y 1124”. En el mismo sentido, las SSTS 28 enero 1961 (RJ Aranzadi 296), 17 marzo 1964 (RJ Aranzadi 1441) y 27 marzo 1972 (RJ Aranzadi 1497).

Procesalmente⁴⁶⁸, ello impide la posibilidad de acumular ambas, pues si bien los artículos 71.1 y 72 de la LEC faculta al actor para acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, ello sólo cabe “siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí”; y tal cosa sucede, según el artículo 71.3 de la misma “cuando se excluyan mutuamente, o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra”. Parece como si este precepto estuviese aludiendo precisamente a las acciones de cumplimiento y resolución. Y por ello la jurisprudencia unánimemente y desde siempre ha declarado la incompatibilidad de ambas opciones cuando se solicita *al mismo tiempo* el cumplimiento de la obligación y su resolución⁴⁶⁹.

Sí se admite, en cambio, tanto por la doctrina como en la jurisprudencia, el ejercicio alternativo o subsidiario de ambas pretensiones, si bien no cabe limitar la opción subsidiaria o alternativamente formulada al supuesto de la imposibilidad de cumplimiento, como declara la STS 4 febrero 1959. Y es que la facultad que el artículo 1124 concede al tribunal para “señalar plazo” obliga a razonar en los términos de Alvarez Vigaray: “Si se ejercita la acción de cumplimiento, el Tribunal no podrá conceder la resolución, sin incurrir en incongruencia, en cambio, si lo que se ejercita es la acción de resolución, el Tribunal, en virtud de las facultades discretionales que le otorga el artículo 1124, puede no declarar la resolución y condenar al cumplimiento, o conceder un plazo al deudor para que cumpla y declarar condicionalmente la resolución para el caso de que el deudor deje transcurrir ese plazo sin efectuar el pago. Se podrá pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento cuando se pruebe que éste ha resultado imposible”⁴⁷⁰.

4.4.5.- Afirmábamos también la *esencial compatibilidad entre la acción de resolución y la de resarcimiento*. Compatibilidad que no deriva sólo del hecho de venir así establecida explícitamente en el artículo 1124, sino de razones más profundas que inciden en su *ratio legis*. Y es que ambas pretensiones son diferentes entre sí, tanto en lo concerniente a los intereses del acreedor que satisfacen, como en lo relativo a los requisitos de una y otra -como sucedía con la acción de cumplimiento-. Veamos ambas cosas por separado.

4.4.6.- Desde el punto de vista de los intereses del acreedor, no existe unanimidad en la doctrina española sobre la *función que cumple la indemnización de daños y perjuicios en los casos de resolución contractual*, e incluso se ha llegado a

⁴⁶⁸ Aunque el artículo 1124 del CC no lo menciona, junto a la resolución dictada por declaración judicial, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo también la posibilidad de realizar la resolución de forma convencional, o por declaración unilateral del acreedor. Sin embargo, la resolución por vía judicial viene siendo la más frecuentemente utilizada. *Vid. ALVAREZ VIGARAY, R., Comentario del Código Civil, cit.*, t. II, pág. 98.

⁴⁶⁹ SSTS 23 septiembre 1899, 22 junio 1911, 11 enero 1949 (RJ Aranzadi 89), 12 mayo 1955 (RJ Aranzadi 1695), 10 febrero 1956 (RJ Aranzadi 698), 4 febrero 1959 (RJ Aranzadi 453), 17 marzo 1964 (RJ Aranzadi 1441), 30 noviembre 1965 (RJ Aranzadi 5538), 6 octubre 1967 (RJ Aranzadi 3752), 2 febrero 1973 (RJ Aranzadi 401), 24 febrero 1978 (RJ Aranzadi 589), 9 octubre 1981 (RJ Aranzadi 3731), etc.

⁴⁷⁰ ALVAREZ VIGARAY, *Comentario del Código Civil, cit.*, t. II, pág. 99. En el mismo sentido, *vid. DELGADO, op. cit.*, pág. 274.

negar el derecho al resarcimiento al contratante que opta por la resolución⁴⁷¹. Las distintas posiciones son, muy resumidamente, las siguientes:

a) Negar la compatibilidad entre resolución y resarcimiento, dado que la resolución tiene efectos retroactivos, y su eficacia *ex tunc* deja ya absolutamente indemne al contratante que opta por dicho remedio: en la medida en que recupera su prestación y queda liberado de cumplimiento, ya no existe, se dice, desde el concepto diferencial del daño que hemos visto páginas atrás, nada que resarcir; el contratante que resuelve regresa a la situación que tenía antes del contrato y, por tanto, ningún daño adicional puede sufrir. Este planteamiento es el que acepta en el BGB por influencia de la pandectística. Pero es obvio que debe ser olvidado en nuestro Derecho si nos atenemos al tenor literal del artículo 1124.

b) Afirmar que la indemnización debida al contratante que resuelve no puede dirigirse más que al interés contractual negativo, excluyendo que la misma alcance al interés positivo⁴⁷². Y ello por entender que, dados los efectos retroactivos de la resolución, la indemnización ha de colocar al contratante en aquella situación patrimonial en que se habría encontrado si el contrato no se hubiese concluido, y no como si el contrato se hubiese cumplido debidamente, pues a ello se ha renunciado al resolver. Se trata de resarcir los daños que a la parte perjudicada le ha producido la celebración de un contrato sobrevenidamente ineficaz, por causa imputable a la parte incumplidora.

c) Conceder al contratante que resuelve la indemnización del interés positivo, colocándole en la misma situación económica y patrimonial que tendría si el contrato se hubiera ejecutado perfectamente, al entender que tal indemnización no tiene otros límites que los establecidos en el artículo 1106 del CC⁴⁷³. La principal base

⁴⁷¹ El estado de la cuestión en la doctrina y las diferentes posiciones al respecto han sido sintéticamente expuestas por DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 726-727; y por VERDERA, *op. cit.*, pág. 134, nota 187.

⁴⁷² Este planteamiento fue sostenido por CARNELUTTI, “Sul risarcimento del danno in caso di resoluzione del contratto per inadempimento”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1923, II, págs. 321 y ss. Y más recientemente, en nuestro país, por JORDANO FRAGA, “Comentario a la STS 26 noviembre 1987”, en *CCJC*, 1987, págs. 5191 y ss.; “Comentario a la STS 23 Octubre 1990”, *cit.*, págs. 643 y ss.; y por DELGADO, *op. cit.*, pág. 277, donde cita también a ALVAREZ VIGARAY y OGAYAR Y AYLLÓN; así mismo, en “Comentario a la STS 3 octubre 1985”, en *CCJC*, 1985, págs. 2949 y ss; y “Comentario a la STS 17 junio 1986”, en *CCJC*, 1986, págs. 3773 y ss. Por su parte, DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, señalan: “Otras consecuencias de la resolución son las referentes al abono de daños y perjuicios. El párrafo 2º del artículo 1124 se los concede al legitimado para ejercitar la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución, opte por la que opte. Sin embargo, es más que dudoso que, si elige la resolución, pueda pretender otra cosa que no sea la devolución de lo entregado y la aplicación de la normativa vista en el párrafo anterior; concretamente el lucro cesante. No se olvide que la resolución tiende a colocar a las partes en la misma posición que tuvieron al contratar, que opera retroactivamente hasta ese momento borrando lo ocurrido. El lucro cesante, por propia definición, implica que el acreedor se quiere colocar en la misma situación patrimonial que si el contrato (cuya resolución se pide) hubiese llegado a buen término, lo que exigiría obviamente que él cumpliese (que es lo que no quiere con la resolución)” (*Sistema...*, *cit.* II, pág. 271). En todo caso, esta es también la posición más extendida en nuestra jurisprudencia, que sigue entendiendo la resolución del artículo 1124 con eficacia *ex tunc*.

⁴⁷³ Es la posición que mantienen PANTALEÓN, “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en *A.D.C.*, 1989, págs. 1143 y ss.; “Las nuevas bases...”, *cit.*, págs. 1734 y 1735; y pese a la opinión del *Sistema* anteriormente transcrita, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 727, donde se afirma además que esta es la regla generalmente admitida en la doctrina francesa, en el sector mayoritario de la doctrina italiana, y también en la nuestra, afirmación esta última que, a la vista de lo señalado en notas anteriores

argumental de esta posición se centra en la idea de que la resolución no es una forma de ineffectividad con retroactividad absoluta y que la restitución no tiene alcance indemnizatorio. Evidentemente, pues lo contrario daría lugar a resultados manifiestamente injustos, dada la liberación/restitución de la propia prestación del acreedor; por ello, se limita el valor del interés positivo a la diferencia entre el valor de la contraprestación en el momento del contrato y el que tuviera en el momento de la resolución⁴⁷⁴.

d) Dejar a la libre elección del acreedor que su pretensión resarcitoria alcance la cuantía del interés contractual positivo, o la medida del interés contractual negativo⁴⁷⁵, en función del carácter resolutorio (propio o impropio) de la acción emprendida. Si el acreedor perjudicado por el incumplimiento del otro contratante ejerce una acción de “resolución impropia”, es decir, aquella que recae más que sobre el contrato, sobre la transferencia de la propiedad de la cosa, pero con mantenimiento del valor del contrato, y en la que, por lo tanto, bajo la calificación resolutoria se esconde una auténtica acción de cumplimiento por equivalente, habrá que admitir la posibilidad de que obtenga el interés positivo o de cumplimiento. Si, por el contrario, el perjudicado ejerce una acción de resolución propia, o sea, dirigida a la resolución del contrato mismo que conduce por tanto a una reposición causal *ante contractum*, la indemnización sólo podrá alcanzar la medida del interés contractual negativo, por los argumentos lógicos expresados más arriba.

4.4.7.- *Los intereses del acreedor tutelados por los diferentes remedios.* En mi opinión, sin desconocer que efectivamente existen argumentos en apoyo de todas las posiciones que acabamos de resumir, la cuestión ha de resolverse desde la necesaria incompatibilidad que existe entre resolución y cumplimiento, punto en el que existe absoluta concordancia doctrinal y jurisprudencial. Y ello nos conduce inevitablemente a negar la posibilidad de que el contratante que resuelve obtenga, además, la medida de su interés positivo. La propia terminología, que viene tradicionalmente denominando “interés de cumplimiento” a dicho interés positivo, lo expresa claramente: el interés de cumplimiento no puede compatibilizarse con la opción resolutoria, dados los términos de la opción que contempla el artículo 1124.

En definitiva, si un contratante ha optado por la resolución del contrato (o sea, por su no-ejecución), la única manera de satisfacer su interés positivo será a través del equivalente pecuniario de la prestación cuyo cumplimiento específico “rechaza” (justificadamente, pero lo rechaza desde el momento en que no opta por el cumplimiento), lo que supone un contrasentido: obtiene, por la vía de la resolución, la liberación y la restitución de la prestación que le incumbe; y obtiene, por el medio de la indemnización, lo que no es sino el cumplimiento por equivalente de la de adverso. Y ello concuerda mal con la idea de sinalagma que informa la facultad resolutoria del contrato bilateral. En todo caso, la ruptura de la incompatibilidad entre resolución y cumplimiento es evidente: admitir la “indemnización” en la medida del interés positivo

es bastante dudosa. El primero de los mencionados trabajos del Prof. PANTALEÓN se dedica íntegramente al estudio de la cuestión, a partir de un nuevo examen de la STS 26 noviembre 1987, que como queda dicho más arriba, es la misma que utiliza el Prof. JORDANO FRAGA en su comentario de los CCJC para sostener la opinión favorable al interés negativo y excluyente del interés positivo.

⁴⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, *loc. ult. cit.*

⁴⁷⁵ En esta dirección se definen ESPINAR, *op. cit.*, págs. 151-153; y CARRASCO, *Comentarios..., cit.*, t.XV, vol. 1º, págs. 389 y ss.

del acreedor que ha resuelto el contrato, equivale a dar entrada a la compatibilidad entre cumplimiento y resolución “por la puerta de atrás”.

Adicionalmente, tal solución todavía convence menos, si además conduce a privar al contratante que resuelve de la obtención de la medida del interés contractual negativo. Porque no se puede negar que, cuando un contratante resuelve, los daños y perjuicios de los que se hace acreedor consistirán, sobre todo, en la lesión del interés de confianza; y no parece justo que, en aras de satisfacer su interés de cumplimiento (al que, insisto, renuncia desde el momento en que resuelve), se prive de la indemnización de los verdaderos perjuicios: la frustración de la confianza que tenía depositada en el contrato. Si la resolución está implícita en el sinalagma (artículo 1124.1) y la utiliza el contratante cumplidor, ya elegimos este camino, y no nos vale “indemnizar” por el *iter* del cumplimiento. Lo contrario supondría no sólo lesionar la reciprocidad e interdependencia del sinalagma, sino provocar la sombra o el fantasma del *enriquecimiento injustificado*.

Por lo demás, frente a los indiscutibles argumentos de Derecho comparado que ofrece el Prof. Pantaleón en favor de la indemnización del interés positivo, se levanta el criterio de nuestro TS; para comprobarlo, basta examinar las SSTS comentadas en los *CCJC* por Jordano, Delgado y Carrasco a las que nos hemos referido.

Cuestión distinta es que si, *como consecuencia de la propia resolución*, que no olvidemos fue motivada por el incumplimiento de adverso, al perjudicado se le ocasiona (y acredita) un lucro cesante, éste deba ser objeto de indemnización, lo que me parece innegable. Esa sí es, con seguridad, una partida de los daños e intereses que menciona el artículo 1124. Pero tal pérdida de ganancias o beneficios debe ser consecuente a la propia resolución, y no al mero incumplimiento de la otra parte. Afirmación que viene corroborada, sin género de duda, por nuestra jurisprudencia. En efecto, muy frecuentemente se faculta al acreedor para resolver el contrato, y a la vez recibir el cobro de los beneficios que le correspondían en virtud de dicho contrato; y ello, se dice, no constituye compatibilizar la resolución con el cumplimiento, sino reputar la falta de cobro como un lucro cesante indemnizable. En palabras de las SSTS 28 enero 1961 y 17 marzo 1964, “el texto del artículo 1124 faculta a pedir por quien opta por la resolución de un contrato, que se resarzan los daños y se le abonen intereses, frase que, sinónima a la indemnización de daños y perjuicios, implica en cuanto a éstos una falta de aumento de patrimonio de quien ha instado y obtenido la resolución contractual, que no se hubiere producido con el exacto cumplimiento de la obligación, o sea, un *lucrum cessans*, como ganancia que ha dejado de obtener”. Claramente señala la STS 24 noviembre 1981 que “ante un contrato bilateral, la petición de resarcimiento de daños puede ser secuela tanto de súplica de cumplimiento como de resolución, y no supone la sustitución o equivalente del cumplimiento”.

Por último, no dejaría de ser convincente la última de las corrientes que hemos expuesto, la solución “electiva” del contratante perjudicado, si no fuera porque esa “resolución impropia” no es una auténtica resolución del contrato, sino justamente una acción de *cumplimiento*, y además, de cumplimiento por equivalente, como es lógico, dirigida entonces a la satisfacción del interés positivo. Pero entonces no hemos solucionado el problema, simplemente lo eliminamos llamando resolución a lo que no lo es.

4.4.8.- Resolución e indemnización son compatibles, como señalamos, debido a que, además, *sus requisitos, y no sólo los intereses que satisfacen, también son distintos*: para el ejercicio de la resolución contractual *ex artículo 1124 del CC*, no es necesario que el deudor que incumple su obligación incurra en culpa⁴⁷⁶, como han señalado las SSTS 25 noviembre 1946, 9 diciembre 1983, 27 octubre 1986, y otras posteriores. Y tampoco es necesario probar el daño, como ineludiblemente sucede para que prospere la indemnización: La STS 30 junio 1972 se refiere a un supuesto en el que, estimada la resolución del contrato basada en el incumplimiento, no se concede indemnización de daños y perjuicios “porque de acuerdo con el resultado de la prueba practicada no fueron acreditados ni en cuanto a su realidad ni en cuanto a su alcance, lo que constituye base indispensable de lo que se solicita”.

Por el contrario, si cualquier incumplimiento culpable que genera daños y perjuicios hace nacer la obligación de indemnizar, no todo incumplimiento faculta para la resolución del contrato, sino que, como hemos dicho, ésta requiere que el mismo recaiga sobre las obligaciones principales del contrato, no meramente accesorias o secundarias, y que frustre la economía -el fin- de éste (SSTS 5 mayo 1953, 4 noviembre 1958, 2 enero 1961, 20 septiembre 1965, 9 diciembre 1966, 7 noviembre 1983, etc.). La STS 22 febrero 1997, contempla un supuesto de *aliud pro alio* en el que el contratista entrega unos depósitos inhábiles para el uso propio de su destino, y ello justifica la resolución del contrato de obra, pues implica la verdadera frustración de su economía; y como además se acreditó el daño emergente y el lucro cesante, se declara procedente también la indemnización de daños y perjuicios.

Análogamente, y ya fuera del ámbito de la resolución contractual *ex artículo 1124*, establece la STS 30 abril 1997 que el error en la causa del contrato puede conllevar el ejercicio de acciones resolutorias, anulatorias o de desistimiento contractual, pero no la atribución del incumplimiento contractual a una de las partes ni por lo tanto la indemnización de daños y perjuicios.

⁴⁷⁶ No se nos oculta que esta afirmación ha de entenderse matizadamente. De hecho, según JORDANO, la jurisprudencia persiste en la afirmación de la culpa como presupuesto de la resolución, y curiosamente, citaba en apoyo de esta afirmación alguna doctrina y no sentencias del TS (*La responsabilidad contractual*, Cívitas, Madrid, 1987, pág. 309), si bien el tristemente fallecido jurista era profundo conocedor del contenido de nuestra jurisprudencia sobre la materia, minuciosos y sabiamente expuesta en su obra *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Cívitas, Madrid, 1992. Lo cierto es que la doctrina, y en buena medida también el TS, han hablado ocasionalmente de “imputabilidad” del incumplimiento, de “causas imputables” al incumplidor, pero ello se ha hecho siempre en vía de máxima, paralelamente a otras afirmaciones en que se ha admitido la acción resolutoria frente a incumplimientos fortuitos o debidos a fuerza mayor. Y por otra parte, durante años el TS ha venido insistiendo en la necesidad de una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”, junto a unos “hechos obstaculivos que de modo absoluto impidan el cumplimiento”, doctrina que hoy se encuentra en entredicho. Por eso, acertadamente ha señalado DÍEZ-PICAZO que en este tema “coexisten tres líneas de pensamiento del Tribunal, que son inarmónicas entre sí: la que mantiene todavía la máxima de la voluntad deliberadamente rebelde; la que introduce una simple suavización o mitigación del rigor que al máxima supone en el enjuiciamiento de la voluntad de incumplimiento; y la que, finalmente, busca la objetivación en el tratamiento del incumplimiento resolutorio con independencia de la indicación de la voluntad del incumplidor, encontrando las condiciones objetivas que justifican la resolución en el mero hecho del incumplimiento o en la frustración del fin del contrato. De todo ello se puede extraer la conclusión de que, aunque no se puede todavía levantar el acta de defunción de la máxima sobre la voluntad deliberadamente rebelde, se pueda certificar una indudable crisis de tal doctrina” (*Fundamentos...*, cit., pág. 718).

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con todos los remedios del acreedor anteriormente mencionados, dada la idéntica naturaleza resarcitoria de ambas indemnizaciones, la prevista por la normativa laboral a favor del trabajador para el caso de resolución del contrato de trabajo basado en el incumplimiento empresarial, resulta incompatible con la establecida por el artículo 1101 del CC: STS 3 abril 1997.

4.4.9.- Retomando la pregunta que nos hacíamos en el párrafo 4.3, podemos extraer una importante *conclusión* de todo lo antedicho: puesto que la prestación del equivalente pecuniario constituye una forma subsidiaria de cumplimiento de la obligación, es lógica y, sobre todo, justa, su incompatibilidad con la resolución del contrato bilateral. Incompatibilidad que, por tanto e invirtiendo el argumento, demuestra que tal equivalente es cumplimiento y no indemnización. Aquel contratante que resuelve, siempre puede reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento (y, por ende, la resolución) le irroga; pero no la *aestimatio rei*, no el valor de la prestación que la otra parte incumplió: no es justo que además de obtener la liberación o la restitución de la prestación propia, se consiga también el valor de la prestación que incumbía al otro contratante, pues ello supondría una clara forma de legitimar un enriquecimiento sin causa. La resolución del contrato, fruto de la “acusada reciprocidad de las prestaciones” que integran el vínculo bilateral, obliga a conectar la liberación-restitución de una obligación con el *incumplimiento* de la otra, y nunca puede abocar a obtener, junto a dicha liberación-restitución, un cumplimiento forzoso de aquella que inicialmente fue infringida, por más que ese cumplimiento sea por equivalente, o se disfraze de indemnización de daños y perjuicios⁴⁷⁷.

4.5.- LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: LA PRESTACIÓN DEL *ID QUOD INTEREST*.

4.5.1.- *Su esencia conceptual.* Esta es la genuina responsabilidad civil, la “indemnización de los daños y perjuicios causados” al deudor como consecuencia de la mora o contravención de la obligación, y a la que está sujeto el acreedor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1101 del CC, siempre que se den determinadas condiciones de imputabilidad.

⁴⁷⁷ Con vehemencia, pero también con toda claridad, lo ha expresado JORDANO FRAGA, pese a que el mismo mantiene un “concepto integral” de la indemnización de daños y perjuicios, comprensivo del equivalente pecuniario (que llama, erróneamente a mi juicio, *id quod interest*): “Mientras la pretensión de responsabilidad contractual portula, con arreglo al artículo 1101 del CC, el incumplimiento, esto es: una obligación *subsistente e infringida...* y sobre tal base es posible exigir tanto el cumplimiento no realizado (la prestación absolutamente insatisfecha, la parte que falta, la remoción de las inexactitudes descubiertas), *in natura o por equivalente* (esto último, en el caso de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor-no cumplidor, en el que la obligación *también subsiste*, aunque con un contenido diverso al originario), como los demás daños que causalmente deriven del cumplimiento. En cambio, la resolución del contrato, al significar la ineficacia sobrevenida de éste, pero retrotraída al momento de su celebración (*ex tunc*), impide a la parte resolvente articular cualquier pretensión apoyada en el contenido obligacional del contrato, que, desde el momento de la resolución, se considera como no celebrado. Resuelto el contrato, decaídas *ab origine* las obligaciones que en él tenían su fuente, no resulta ya posible, con fundamento en una obligación *ahora inexistente*, pretender la prestación o su valor a que inicialmente (antes de resolver) se tenía derecho. Con la resolución, con la ineficacia sobrevenida del contrato sinalagmático, desaparecen tanto las obligaciones que éste generó como la posibilidad de actuarlas coactivamente, por ende” (“Comentario a la STS 23 octubre 1990”, *cit.*, pág. 1103).

Hay algo que conviene dejar claro desde el principio⁴⁷⁸: Lo que no es la responsabilidad contractual ni contiene el artículo 1101, en contra de lo que en ocasiones se ha dicho, es “la regulación legal de los efectos del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato”. O al menos, aquélla no es, y éste no contiene *todos* los efectos, sino que el precepto sólo se refiere a uno de los múltiples efectos del incumplimiento de las obligaciones: la responsabilidad civil *strictu sensu*, el resarcimiento del daño causado. En efecto, ya hemos visto cómo en caso de cada una de las diferentes lesiones del derecho de crédito, el ordenamiento jurídico ofrece al acreedor toda una serie de remedios o instrumentos, ora alternativos, ora cumulativos; y el derecho a obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, cuando éstos existen, es uno más de esos remedios, casi siempre compatible con todos los demás; al menos, siempre compatible tanto con la pretensión de cumplimiento como con la resolución de la relación sinalagmática.

Como expuse en su día⁴⁷⁹, este remedio indemnizatorio se produce siempre que se constata la contravención de la obligación con daño para el acreedor (y se cumple el necesario elemento de imputación al deudor), aunque es variable, según el tipo de lesión del derecho de crédito, y también en función de la clase de interés del acreedor afectado y la decisión de éste a la hora de satisfacerlo, su compatibilidad-acumulabilidad respecto de cada uno de los otros remedios. Unas veces vendrá acompañando a la ejecución forzosa en forma específica, otras al cumplimiento por equivalente, y otras a la resolución del contrato sinalagmático; pero, como vemos y hemos venido argumentando en los epígrafes anteriores, la indemnización de daños y perjuicios es compatible con todos ellos.

4.5.2.- *Su función resarcitoria*. Precisamente por ese motivo, debe quedar aquí clara cuál es la función de esta responsabilidad: el resarcimiento del daño que deriva del incumplimiento. Como he venido expresando con reiteración⁴⁸⁰, la función de la responsabilidad contractual es pura y exclusivamente indemnizatoria. Lo que excluye la función preventivo-punitiva de la misma⁴⁸¹. Así, en palabras de la STS 28 abril 1955, “la indemnización de los perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por ello, si el causante del perjuicio debe repararlo, tiene que hacerlo en su totalidad para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación”. También excluye, como vimos, la función de evitar el enriquecimiento del deudor por efecto de su incumplimiento.

Y, lo que para nosotros es más importante, tampoco tiene la responsabilidad contractual, se dice con acierto, función de reintegración por equivalente del derecho de

⁴⁷⁸ Así lo poníamos de relieve en nuestro comentario al artículo 1101 del CC en *Jurisprudencia Civil Comentada, cit.*

⁴⁷⁹ Me remito de nuevo a mi *Cumplimiento por equivalente..., cit.*, apdos. 3.5 y 3.6.

⁴⁸⁰ *Vid.* mi reciente trabajo *Reflexiones sobre Derecho de Daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, *passim*.

⁴⁸¹ Ya vimos cómo, desde la interpretación más extendida hoy en la doctrina y la jurisprudencia, los artículos 1103 y 1107 del CC no son ya una objeción a tal afirmación, excluyente de toda finalidad punitiva en la responsabilidad civil. Del tema me ocupé en “Prevención y reparación. Las dos caras del Derecho de daños”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007.

crédito lesionado, ni una función sustitutiva o subrogatoria de la prestación incumplida, ni es una forma de cumplimiento equivalente de la prestación⁴⁸². Esa función sustitutiva, tan necesaria para el significado del concepto de obligación y que magníficamente cumple la estimación (artículos 482, 861, 863, 886, 1062, 1136, 1147, 1150, 1185, etc. del CC), nunca puede ser satisfecha por la indemnización de daños y perjuicios. Ésta es inidónea para dicha función, y para la perpetuación obligatoria. Y ello, como se ha señalado agudamente⁴⁸³, porque la subsistencia de la obligación supone: a) la permanencia del vínculo, con un único cambio del objeto (devenido imposible o inidóneo) por su valoración económica, b) la intangibilidad de la fuente obligatoria, y c) el mantenimiento del objeto; y la indemnización no cumple ninguno de ellos, pues tiene su fuente propia en los daños y en el factor de atribución, tampoco puede ocupar el lugar del objeto de la prestación, y además esa no es su función, sino la de compensar los daños que se han seguido del incumplimiento de la primitiva obligación.

Mientras los remedios que tienden al cumplimiento y a la resolución “garantizan” el crédito y, sobre todo los primeros, persiguen la satisfacción del interés de prestación del acreedor, la solución resarcitoria tiende a restablecer la economía del acreedor, a eliminar los efectos negativos que el incumplimiento (en el sentido más amplio de la palabra) ha acarreado sobre su patrimonio, intenta satisfacer su interés de indemnidad.

4.5.3.- *La unidad funcional de la indemnización.* No podemos compartir la opinión⁴⁸⁴ conforme a la cual la prestación del *id quod interest* cumple funciones diferentes, según que haya cumplimiento (tardío o defectuoso), en cuyo caso se le asigna una función *accesoria o adicional*, o que haya incumplimiento definitivo, en cuyo caso lleva aparejada una función *sustitutiva*. Este es el problema. La indemnización de daños y perjuicios tiene siempre la misma naturaleza y función (lo que sí puede cambiar, y de hecho siempre es variable, es su contenido). La prestación del *id quod interest* es siempre de carácter adicional y resarcitoria, y nunca de cariz sustitutivo (respecto de la prestación incumplida, se entiende). Y ello porque la esencia de la obligación indemnizatoria no está en el incumplimiento, sino en el daño. Por eso, para definir tal obligación, importa poco que tal incumplimiento fuera de carácter transitorio o definitivo, que hubiera o no cumplimiento tardío, que fuese defectuoso o imposible. Lo importante es que haya un daño acreditado, que el mismo sea objetivamente imputable a la mora o contravención de la obligación, y subjetivamente imputable -por el criterio de atribución que mejor nos parezca- al deudor.

4.5.4.- *La extensión jurisprudencial del alcance funcional del resarcimiento.* Pese a todo lo que acabamos de señalar, y siguiendo a Carrasco⁴⁸⁵, cabe afirmar que la específica función resarcitoria de los daños consecuentes al incumplimiento de la obligación, que expresamente desarrolla el precepto, ha sido objeto de una importante extensión por la jurisprudencia:

⁴⁸² Así lo ha demostrado sobradamente PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., pág. 585.

⁴⁸³ BADOSA, *La diligencia...*, cit., págs. 864, 891 y 893.

⁴⁸⁴ Sostenida por DELGADO, *Elementos...*, cit., *passim*, y ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., pág. 206, y suscrita, al menos parcialmente, por DE ANGEL YAGÜEZ, *Comentario...*, cit., t. II, pág. 46.

⁴⁸⁵ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, págs. 394 y ss. *Vid.* también nuestro citado comentario al artículo 1101, y la jurisprudencia que allí se analiza.

Así, por una parte, esa función meramente indemnizatoria se ha visto ampliada para conceder al acreedor una verdadera acción de reparación *in natura*, cuando de la aplicación de la norma *ad hoc* sólo podría derivarse una acción de daños o de saneamiento. Frecuentemente, canalizando por el artículo 1101 las pretensiones dirigidas a la obtención de un determinado resultado externo obligando al deudor al cumplimiento correcto de aquello que hizo defectuosamente (STS 28 junio 1982). Y a tal fin, se contempla el contrato de compraventa como si de uno de obra se tratase, obligando al vendedor a garantizar un resultado útil de la cosa vendida, y por tanto a reparar o sustituir la misma hasta alcanzar el mismo; tal es el caso de la STS 29 enero 1983. Bien es cierto que, en otras ocasiones, por exigencia de las circunstancias, y para el caso de vicios ruinógenos en el contrato de obra, en lugar de condenar a la reparación *in natura* de los defectos constructivos, se concede -*ex art. 1101-* una indemnización de daños y perjuicios, cifrada justamente en el coste de las obras de reparación de tales defectos⁴⁸⁶.

Otra vía de extensión funcional del artículo 1101 por la jurisprudencia se refiere a los casos en que la norma sólo concede una acción de saneamiento por vicios ocultos y, sobre la base del citado artículo, se concede la acción de resarcimiento integral, e incluso la resolución del contrato. Como señala la doctrina mencionada, unas veces se llega a dicha conclusión declarando la compatibilidad entre las acciones de saneamiento y las generales (STS 20 diciembre 1985), otras veces considerando lo que en principio no es más que entrega de cosa defectuosa como un verdadero *aliud pro alio*, y por tanto, un incumplimiento contractual (SSTS 10 junio 1983 y 14 diciembre 1983).

4.5.5.- *La indemnización no es nunca cumplimiento.* Por mucho que, como hemos visto en el epígrafe anterior, se quiera ampliar el concepto funcional de la indemnización de daños y perjuicios, lo que indudablemente no se puede considerar es ésta como una forma más de cumplimiento (llámese subrogado, sustituto, equivalente o como se quiera) de la obligación. La prestación del *id quod interest*, o sea, la reparación de los daños y perjuicios causados (en el ámbito contractual, a consecuencia del incumplimiento de la obligación imputable al deudor) ni se parece a la realización de la prestación originaria. No tiene nada que ver con el cumplimiento (forzoso o voluntario, específico o por equivalente) de la obligación. Se trata de una nueva obligación, de contenido absolutamente diferente a la originaria, que nace precisamente a causa de la generación de unos daños, a su vez debidos al incumplimiento.

Al menos a partir de las ideas de Puig-Brutau, no se puede sostener ya una concepción de la responsabilidad contractual según la cual ésta parece verdadero *cumplimiento*, a menudo por equivalente, al estilo de la que mantenía el viejo *common law*: el *breach of contract* daba lugar *siempre* a la indemnización de daños, porque así se había prometido, porque en realidad el único contenido de la obligación contractual era precisamente indemnizar esos daños.

Por el contrario, la esencia de la prestación del *id quod interest* es muy otra. La causación de un perjuicio, del daño injusto, antijurídico, imputable objetivamente a la falta de cumplimiento, cuando, además, tal incumplimiento es subjetivamente imputable

⁴⁸⁶ Es el caso, entre otras muchas, de la STS 8 noviembre 1993 (RJ Aranzadi 8971), que contemplaba la defectuosa impermeabilización de unas terrazas.

al deudor⁴⁸⁷, constituye la base del nacimiento de una nueva obligación, diferente y añadida a la infringida⁴⁸⁸, y cuyo contenido es únicamente el resarcimiento de dicho perjuicio. El pago de la indemnización es el cumplimiento de esta nueva obligación, y no una forma “equivalente” de cumplimiento de la obligación originaria, ni un subrogado de la misma.

Es bien sabido que estas últimas afirmaciones no son específicas en la doctrina, pues han sido muy variadas las explicaciones que los autores han venido dando al fundamento de la responsabilidad contractual, y las explicaciones que se han ofrecido respecto a la relación que existe entre incumplimiento y responsabilidad, así como las bases que fundamentan la obligación de responder⁴⁸⁹: desde quienes cifran dicho fundamento en la propia realización del vínculo preeexistente⁴⁹⁰, o sea, en el propio incumplimiento, hasta quienes lo hacen en una supuesta obligación tácitamente pactada dirigida a la propia responsabilidad, pasando por quienes se basan en la culpa, o en el principio *pacta sunt servanda*, en la propia fuerza vinculante del contrato⁴⁹¹.

Huelga decir que éste no es el lugar adecuado para analizar la cuestión o pronunciarse sobre la misma. Y ello no ya por razones de espacio, sino además porque no es necesario a los efectos que nos interesan. Porque lo cierto es que la jurisprudencia, de manera prácticamente unánime⁴⁹², ha venido señalando que la obligación de indemnizar, la prestación del *id quod interest*, no puede basarse en el mero incumplimiento contractual, sino más bien en el daño derivado de dicho

⁴⁸⁷ Ya hemos mostrado más arriba nuestra total coincidencia con esta idea, que exige la imputabilidad subjetiva del incumplimiento, sea por culpa-negligencia, sea por otros factores de atribución. Se trata de la posición más extendida en la doctrina (magníficamente representada en este punto por PANTALEON) y la unánimemente defendida por la jurisprudencia. No obstante, autorizadas voces, como la de JORDANO FRAGA, vienen propugnando lo contrario.

⁴⁸⁸ BADOSA, *La diligencia...*, *cit.*, pág. 864.

⁴⁸⁹ Puede verse un buen resumen de las mismas en CARRASCO, *Comentarios...*, *cit.*, t.XV, vol. 1º, págs. 402 y ss., bajo la rúbrica “Naturaleza de la acción de indemnización”.

⁴⁹⁰ JORDANO, *La responsabilidad contractual*, *cit.*, pág. 30, donde precisamente distingue la responsabilidad contractual de la extracontractual en que ésta supone la constitución de una nueva obligación que antes no existía, y la primera la realización de un vínculo obligatorio preeexistente.

⁴⁹¹ PANTALEON, *Del concepto de daño*, *cit.*, págs. 616 y ss., donde afirma: “La fuente de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios contractuales es el contrato mismo, no la conducta culposa del deudor. Esta es la diferencia esencial entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Consecuencias:

- Respecto al *an respondatur*: el incumplimiento *dañoso* (¡es precisa la prueba del daño, como con toda corrección reitera nuestra jurisprudencia!) es por sí solo presupuesto constitutivo de la obligación de indemnizar. El acreedor no tiene que probar culpa alguna del deudor. Es éste el que tiene que probar su no-culpa para quedar exonerado de una obligación (¡la de indemnizar!) a que de otra forma quedaría sujeto en base al principio *pacta sunt servanda* (ahí está la fuerza vinculante del contrato por la que con tanta razón clamaba PUIG BRUTAU). Caso fortuito (no-culpa, en el sentido de nuestro Código) existe únicamente cuando el incumplimiento se debe a un suceso con el que, *en el momento de la conclusión del contrato* y atendida la naturaleza de éste y las circunstancias de las personas, lugar y tiempo, el deudor no debía contar (imprevisible) o no le era exigible impedir o superar. Es en el momento de la celebración del contrato cuando se efectúa el reparto de riesgos de incumplimiento entre las partes (otra prueba más de la fuerza vinculante del contrato). Si culpa se interpreta en el sentido propio de la doctrina dominante, tiene toda la razón el profesor DÍEZ-PICAZO cuando habla de una “zona intermedia” entre caso fortuito y culpa.

- Respecto al *quantum respondatur*: Este debe limitarse al *quantum* de daños y perjuicios previstos o previsibles al momento de celebración del contrato. Esto es, aquellos daños que en el momento de contratar pudieron entrar en consideración de personas razonables en situación idéntica a la de las partes”.

⁴⁹² Así lo he constatado en mi comentario al artículo 1101 en *Jurisprudencia Civil Comentada*.

incumplimiento. Son expresivas las palabras de la STS 13 mayo 1997⁴⁹³: “la indemnización de daños y perjuicios no necesariamente va unida al incumplimiento o cumplimiento anormal del contrato..., es necesario probar su existencia”⁴⁹⁴. Y tan reiterada y clara doctrina jurisprudencial sólo se ve alterada en algunas ocasiones aisladas, en las que al TS aparentemente le basta con el incumplimiento para determinar la obligación de indemnizar, como si dicha contravención del contrato constituyese en sí misma un daño⁴⁹⁵. Pero en tales casos lo que sucede, más bien, a mi juicio es que cabe aplicar el principio *res ipsa loquitur*, por lo que del cumplimiento se deduce la existencia del daño sin necesidad de prueba adicional. Y ello no significa hacer abstracción o prescindir del daño, sino considerarlo “probado”, sobreentendido, y de innecesaria alegación⁴⁹⁶.

4.5.6.- *La esencial diferencia funcional entre aestimatio rei e id quod interest.*

De las pocas ideas anteriormente expuestas en relación con la indemnización de daños y perjuicios, podemos ya extraer alguna importante conclusión en aras de la autonomía del equivalente pecuniario. Partiendo del concepto expresado, es inevitable afirmar la esencial diferencia funcional entre la prestación del equivalente pecuniario y la prestación del *id quod interest*.

Hemos podido demostrar, creo, que ambos remedios satisfacen intereses distintos del acreedor, y cumplen funciones diferentes. Por eso, no tiene sentido afirmar que cuando el deudor *cumple* la obligación a través del equivalente pecuniario -por no quedar otro remedio al haber devenido imposible la prestación principal, o ser ésta ya inidónea para el interés del acreedor-, estamos en presencia del remedio *responsabilidad* y no del remedio *cumplimiento*. Como ya hemos señalado, si se sostiene que cumplimiento e indemnización constituyen instrumentos distintos al servicio del acreedor, y que ambos -pretensión de cumplimiento forzoso, tardío o por equivalente y responsabilidad- son compatibles entre sí, necesariamente hay que concluir que el cumplimiento por equivalente debe incardinarse en el primero y no en la responsabilidad. Y es que ninguna utilidad tiene sostener un concepto de responsabilidad reducido a sus estrictos contornos indemnizatorios, y diferente del resto

⁴⁹³ RJ Aranzadi 3842.

⁴⁹⁴ Análogamente, y por citar sólo algunas, se pronuncian las SSTS 8 febrero 1996 (RJ Aranzadi 1345), 19 noviembre 1996 (RJ Aranzadi 7923), 6 abril 1995 (RJ Aranzadi 3416), 4 octubre 1994 (RJ Aranzadi 7447), 3 mayo 1966 (RJ Aranzadi 2882), 3 marzo 1966 (RJ Aranzadi 1996), 28 octubre 1963 (RJ Aranzadi 2426), 16 enero 1962 (RJ Aranzadi 41), 30 noviembre 1961 (RJ Aranzadi 4446), 8 julio 1952 (RJ Aranzadi 1663), 12 junio 1947 (RJ Aranzadi 632), 2 junio 1931 (RJ Aranzadi 2063/1930-31), 2 julio 1926, etc. Incluso, la STS 24 enero 1959 (R.440), entre otras, razona la cuestión señalando que al deducir la existencia del perjuicio del incumplimiento por sí solo, “perdería la indemnización su natural carácter, adquiriendo el de una sanción penal”.

⁴⁹⁵ Es el caso de las SSTS 24 enero 1975 (RJ Aranzadi 95), 9 mayo 1984 (RJ Aranzadi 2403), 24 junio 1984 (RJ Aranzadi 3438), 5 junio 1985 (RJ Aranzadi 3094), 30 septiembre 1989 (RJ Aranzadi 6393), 7 diciembre 1990 (RJ Aranzadi 9900), 22 octubre 1993 (RJ Aranzadi 7762) y 18 diciembre 1995 (RJ Aranzadi 9149). En esta última, “en los casos de incumplimiento contractual, *con lesiones patrimoniales* para la parte, y que ha sido provocado exclusivamente por una parte, efectivamente beneficiaria, tal incumplimiento ya determina, por sí mismo, la obligación de reparar, que surge así como una consecuencia natural e inevitable”. Luego la sentencia, en este caso, da por probada la existencia de “lesiones patrimoniales”, o sea, de daños.

⁴⁹⁶ En palabras de las SSTS 15 junio 1992 (RJ Aranzadi 5136), 3 junio 1993 (RJ Aranzadi 4383) y 22 julio 1995 (RJ Aranzadi 5598), hay casos en que los daños y perjuicios -nótese que se refiere a éstos, y no a la responsabilidad contractual misma- derivan de modo necesario de la fuerza vinculante de los contratos, pues en ocasiones la existencia del daño resulta *ex re ipsa* del propio incumplimiento, como un fatal o necesario agravio de los intereses del acreedor.

de remedios frente al incumplimiento, si luego se amplía su contenido hasta comprender en el mismo el *cumplimiento* por equivalente de la prestación devenida imposible o inidónea.

Si hemos negado la función “reintegradora” de la prestación del *id quod interest*, y descartado que la pretensión indemnizatoria sea un “subrogado” del derecho subjetivo lesionado, lo coherente será extraer de la indemnización lo que sí es reintegración, subrogación o equivalente. De lo contrario, todo el esfuerzo y el camino recorrido para depurar y filtrar la esencia funcional de la responsabilidad contractual, hasta llegar a su exclusiva finalidad resarcitoria, acaba resultando inútil, pues el empeño por fundir y confundir la *aestimatio* dentro de un global concepto de indemnización, vuelve a difuminar la verdadera función de la responsabilidad contractual.

La indemnización, ciertamente, no es un subrogado de la prestación que se ha tornado imposible. Pero la prestación de la *aestimatio rei* sí lo es. Y desde el momento en que consideremos a ésta como “parte” de un “todo”, que vendría constituido por esa global indemnización, y consideremos el equivalente pecuniario como una partida del *id quod interest*, la primera afirmación se viene abajo. La cuestión está bien clara: mientras se valore tal equivalente monetario (que no hace sino sustituir, subrogar el contenido de la prestación por su valor económico) como una suerte de “indemnización parcial”⁴⁹⁷, difícilmente podrá negarse o dejarse de atribuir a la indemnización una función (al menos) *parcialmente* reintegradora, o en cierto modo perpetuadora de la obligación⁴⁹⁸. Y en suma, como decíamos, si queremos depurar el concepto estrictamente resarcitorio de la responsabilidad contractual, no podemos seguir llamando “indemnización” al equivalente pecuniario de la prestación devenida imposible o inidónea.

⁴⁹⁷ No otra cosa hay que entender cuando la doctrina señala que la *aestimatio rei* es la parte de un todo (el *id quod interest*). Recuérdese el pensamiento al respecto de PANTALEÓN y DELGADO.

⁴⁹⁸ Por más que, como hace PANTALEÓN, se niegue la utilidad y vigencia de la *perpetuatio obligationis*.

5.- ACCIONES COLECTIVAS CONTRA DAÑOS

5.1.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: DAÑOS COLECTIVOS, DAÑOS DIFUSOS Y ACCIONES COLECTIVAS

El nacimiento del siglo XXI ha venido a coincidir con una de las novedades más llamativas que se han producido en el Derecho español en los últimos treinta años, y que aunque no es coto exclusivo del Derecho de los consumidores, sí encuentra en éste su exponente más claro y eficaz: la puesta en funcionamiento de las llamadas “acciones colectivas”. En efecto, primero la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y, en seguida, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC), inauguraron la consagración positiva en nuestro ordenamiento jurídico de una figura similar (pronto veremos en qué medida) a las *class actions* típicas del Derecho de los EEUU, que con tanto sentido práctico como escaso rigor terminológico han venido a denominarse en castellano “acciones de clase”.

De manera general, las acciones colectivas son aquellas que no se ejercitan en defensa de los intereses “particulares” de un individuo, sino de los llamados “intereses difusos” o de los “intereses colectivos”. Seguidamente nos referiremos a la distinción entre tales categorías de intereses “supraindividuales”⁴⁹⁹; sin embargo, en una y otra viene a suceder lo mismo desde el punto de vista práctico: por razones jurídicas o económicas, en ambos casos es inviable el ejercicio de una acción individual, y en los dos existe lo que la doctrina norteamericana denomina *commonality*⁵⁰⁰, *es decir, una “identidad fáctica”*, de manera que existan cuestiones de Derecho o de hecho comunes a los miembros de la *class*, que resulten más relevantes que las circunstancias particulares de cada uno de ellos. Ello justifica que nuestras leyes, y particularmente la LEC con la salvedad que a continuación veremos, se limiten a utilizar la expresión genérica “intereses generales”, como contrapuestos a los “intereses particulares”. La propia Exposición de Motivos de nuestro código procesal civil justifica como “una realidad” la tutela de “intereses jurídicos colectivos, llevados al proceso, no ya por quien se haya visto lesionado directamente y para su individual protección, o por grupos de afectados, sino por personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas para la defensa de aquellos intereses”.

Ciertamente, desde el punto de vista doctrinal siempre ha sido confusa la distinción entre una y otra especie de intereses supraindividuales⁵⁰¹, entre los intereses colectivos y los intereses difusos. Si acudimos a su noción legal, la LEC, en su artículo

⁴⁹⁹ En la dogmática procesalista más reciente, ha cobrado fortuna la expresión “intereses supraindividuales” como categoría o género que engloba las especies “intereses colectivos” e “intereses difusos”. Así, BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, especialmente todo el capítulo titulado “Noción de intereses de grupo: los intereses colectivos y difusos”, págs. 9 y ss.; SILGUEIRO ESTAGNAN, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos...*; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional...*, págs. 61 y ss.

⁵⁰⁰ “There are questions of law or fact common to the class”.

⁵⁰¹ Con razón afirmaba BESSONE, M. hace ya algunos años que “interés difuso e interés colectivo continúan siendo categorías conceptuales muy sugestivas, aunque todavía gravemente indeterminadas en su significado” (GI, 1986, pág. 229). A los efectos que aquí nos interesan, los trabajos citados en la nota anterior dan noticia cumplida y minuciosa de tales tribulaciones dogmáticas que, pese a su indudable interés teórico y conceptual, carecen de verdadera relevancia práctica y, desde luego, exceden con mucho a las pretensiones de este breve estudio.

11 y bajo la rúbrica “*Legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios*”, distingue perfectamente ambas categorías bajo un criterio razonablemente práctico, atinente a la extensión y determinación de los grupos de sujetos interesados. Así:

- Se consideran intereses *colectivos* los de aquel grupo de perjudicados por un hecho dañoso, cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables (artículo 11.2 LEC).
- Se identifican los intereses *difusos* con los de aquella pluralidad de perjudicados por un hecho dañoso, indeterminada o de difícil determinación (artículo 11.3 LEC).

Dicho criterio legal viene a acoger la que podría considerarse doctrina procesalista dominante⁵⁰², la que sin embargo, sólo incluye entre los llamados intereses colectivos o “*propriamente colectivos*” los de aquellos grupos de personas que se encuentran de forma común y simultánea en una misma situación jurídica con respecto a un bien *que todos ellos disfrutan conjunta y solidariamente* y respecto del que experimentan una común necesidad. Y así, vienen a distinguir entre tales intereses propiamente colectivos y los que subyacen a la que denominan “*pluralidad de situaciones jurídicas individualizadas con origen fáctico común y contenido homogéneo*”. Distinción ésta que, sin negar que pueda tener alguna utilidad o virtualidad dogmática, parece difícilmente sostenible desde el punto de vista práctico, que es el que acertadamente ha seguido el legislador, al fijarse en el reflejo externo de la verdadera naturaleza interna de los diferentes intereses en conflicto. Me explico, a la luz de la legislación vigente, considero que cabe distinguir dos clases de intereses supraindividuales, en función de un criterio (la determinabilidad de los miembros del grupo) que no es sino la consecuencia externa y aparente de una distinción verdaderamente conceptual⁵⁰³:

- En el caso de los intereses *colectivos*, la determinación o fácil determinabilidad de los miembros del grupo deriva precisamente de su cualidad de intereses “*individuales homogéneos*”, que se encuentran en la base de derechos subjetivos individuales. Por ello, podrían perfectamente tutelarse individualmente, pero al resultar referibles a una pluralidad de personas, más o menos numerosa, tienen dicha entidad colectiva.
- Por el contrario, los intereses *difusos* son referibles al sujeto no como individuo sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente en el límite con la generalidad de los ciudadanos, dando así lugar a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas⁵⁰⁴. No lesionan ningún derecho subjetivo individual o particular, sino determinados bienes comunes; por eso, se dice que “*el interés difuso, como tal, no tiene titular pero al mismo tiempo pertenece a todos y cada uno de los miembros del grupo*”⁵⁰⁵. Y esa es la razón por la que, externamente, los miembros del grupo resultan indeterminados o de difícil determinación.

⁵⁰² Por todos, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional...*, pág. 109.

⁵⁰³ Sobre la distinción, puede verse GARNICA MARTÍN, *La Ley*, 2001, págs.2 y 3, donde recoge este criterio pero parece invertir la terminología.

⁵⁰⁴ En tales términos se definieron los intereses difusos por la famosa Sentencia de la Corte Casazione italiana de 8 mayo 1978, citada profusamente por la doctrina procesal.

⁵⁰⁵ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *Justicia*, 1986, pág. 558

Según esta interpretación, que considero suficientemente avalada por el tenor literal del artículo 11 de la LEC y por la jurisprudencia, y en contra de lo que ha venido apuntando alguna doctrina⁵⁰⁶, creo que puede afirmarse que las acciones colectivas son viables tanto frente a daños difusos (o “propiamente colectivos”, en la denominación de cierta doctrina), de difícil o imposible individualización, como frente a los que hemos denominado daños colectivos, en cuanto que afectan a una pluralidad de sujetos, que son fácilmente individualizables⁵⁰⁷. Y, en consecuencia, salvo lo que luego se explica en materia de legitimación y de la necesaria condición de consumidores y usuarios de los perjudicados, no hay obstáculo para el ejercicio de este tipo de acción colectiva en los supuestos de daño medioambiental⁵⁰⁸.

Por lo antedicho, no comparto la opinión de quienes consideran que la LEC no reconoce una legitimación plural frente al daño colectivo, sino meramente que “una pluralidad de afectados más o menos determinados por un daño individual se personen colectivamente para evitar los problemas de índole procesal y económico que supone la individualización de todos y cada uno de los dañados”. Tal corriente doctrinal sostiene que las nuevas acciones de clase de la LEC “no constituyen un remedio para los daños colectivos o supraindividuales (para la protección de los intereses difusos) sino más bien un remedio para los casos de daño tradicional con sujetos indeterminados o plurales”⁵⁰⁹. Así mismo, se asevera que los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la LEC están pensando en la defensa (por la asociación, la organización o el grupo de consumidores) de “derechos individuales plurales” de consumidores o usuarios, es decir de quienes han sufrido ya perjuicios personales o patrimoniales como consecuencia de haber consumido un producto o haber contratado o usado un servicio⁵¹⁰.

Afirmaciones que no concuerdan demasiado con el tenor literal del artículo 11.3 de la LEC, que expresamente alude a “intereses difusos” y a una “pluralidad indeterminada (nótese, no un mero grupo) de afectados”, lo que parece referirse justamente a tales intereses supraindividuales que exceden a los meros intereses individuales homogéneos. Buena prueba de ello la encontramos en algunos pronunciamientos de la Sala 2^a del TS⁵¹¹, muy especialmente la STS 1 abril 1993 (RJ

⁵⁰⁶ REGLERO CAMPOS, F., *Tratado...*, pág. 169.

⁵⁰⁷ Ya dice, con buen sentido, el propio REGLERO CAMPOS, F., (*Tratado...*, pág. 163), que “el artículo 11.2 de la LEC está pensando seguramente en los daños individuales (en la medida en que los integrantes del grupo perjudicado son determinados o fácilmente determinables) que afectan a un colectivo más o menos amplio de personas, de ahí que no deje de sorprender una legitimación activa tan amplia. Podría pensarse que los intereses (daños) propiamente colectivos serían los denominados *difusos*, pero la letra del artículo 11.3 no parece permitir esta conclusión”. Coincido plenamente con toda esta aguda aseveración, que viene a confirmar la interpretación que sostengo en el texto, salvo en ese último “pero” basado en la letra del artículo 11.3: precisamente por el hecho de tratarse de daños difusos, o sea, que no lesionan ningún derecho subjetivo individual o particular, sino bienes comunes, los perjudicados son “indeterminados o de difícil determinación”.

⁵⁰⁸ En contra de lo que, tempranamente, afirmaba MARÍN LÓPEZ, J.J., *Indret*, 2001, pág. 4.

⁵⁰⁹ Por todos, ÁLVAREZ LATA, N., *Tratado...*, pág. 1743, con cita de la opinión de REGLERO CAMPOS en la primera edición de ese mismo *Tratado de la responsabilidad civil*, que sin embargo no aparece tan claramente formulada en su segunda y más reciente edición.

⁵¹⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...*, pág. 157; y REGLERO CAMPOS, *Tratado...*, pág. 167 (ahora sí, en la segunda edición).

⁵¹¹ Suelen citarse, además de la mencionada en el texto, las SSTS (Sala 2^a) de 30 noviembre 1990 [RJ 1990,926] y 1 febrero 1997 [RJ 1997, 687], entre otras.

1993, 9165), que legitimó al Fondo Asturiano para la Protección de los Animales Salvajes (persona jurídica con carácter de ONG) para reclamar una indemnización por los daños derivados de un delito contra la fauna consistente en la muerte de un oso, llegando a manifestar que con la comisión de dicho delito “se ha sacrificado efectivamente un bien jurídico, no de una persona individual, pero sí de sociedades concretas –personas jurídicas- como la que ha ejercido la acción popular, y de la sociedad en general, por el valor ecológico que supone la conservación de las especies particularmente protegidas. Nos hallamos, pues, ante un bien en el que la colectividad humana se halla interesada. *La responsabilidad civil era perfectamente postulable por cualquiera de los ejercitantes de la acción penal*”.

La repercusión en el Derecho de daños del reconocimiento legal de esta figura de las acciones colectivas resulta evidente y, me atrevería a decir, revolucionaria. Si por *daño* entendemos toda lesión de un interés digno de protección jurídica, cabe concluir que la lesión de los denominados intereses colectivos y difusos dará lugar a *daños colectivos y daños difusos*, respectivamente, cuya indemnización encuentra su cauce idóneo en tales acciones colectivas. No es casualidad que a la hora de implementar la protección de los que la LEC llama “intereses generales de los consumidores y usuarios” (artículo 11.1 *in fine*), la Ley identifique a los miembros del grupo o *class* por su condición de “*perjudicados por un hecho dañoso*”, con independencia de que, además, se exija la de consumidor o usuario, problema al que luego me referiré. Lo verdaderamente interesante aquí es notar la íntima conexión que, incluso para el legislador procesal, existe entre las acciones colectivas y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos de manera colectiva o difusa.

Es más, tal naturaleza reparatoria consituye, en realidad, la esencia de las *class actions* norteamericanas⁵¹², en las que cualquier perjudicado por un *tort* o hecho dañoso puede ejercitar la acción colectiva, solicitando la condena al demandado no sólo a favor del propio demandante, sino también a favor de cualesquiera otras personas que hayan resultado perjudicadas por la misma conducta: es el caso de los grandes daños colectivos, provocados por medicamentos o productos sanitarios defectuosos (talidomida o implantes de silicona, por ejemplo), productos perjudiciales para la salud (los bien conocidos litigios contra las grandes compañías tabaqueras son ejemplares al respecto) y otros productos defectuosos (como los automóviles, por recordar el histórico caso del Ford Pinto).

En el ámbito español, y por recordar sólo los casos más llamativos incluso más allá del mero interés científico, pueden considerarse *daños difusos* los derivados de la rotura de los diques de contención de las balsas de almacenamiento de productos de deshecho altamente contaminantes, de las minas de la empresa sueca Bolinden en Huelva; el envenenamiento masivo por consumo humano de aceite desnaturalizado (“síndrome de Colza”) que resolvió la STS (Sala 2^a) 26 septiembre 1007 [RJ 1997, 6366]⁵¹³; o el hundimiento del Prestige⁵¹⁴. Y cabe recordar como supuestos de *daños colectivos* el incendio del camping “Los Alfaques” o, recientemente, la SAP Burgos (Sección 3^a) 31 julio 2006, que declara la responsabilidad de la empresa concesionaria de una autopista por el bloqueo de cientos de usuarios de la misma durante varias horas,

⁵¹² DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *Condiciones Generales...*, pág. 407.

⁵¹³ Ambos ejemplos son recordados por REGLERO CAMPOS, F., *Tratado...*, pág. 163.

⁵¹⁴ Puede apreciarse extensamente el aspecto dañoso de la catástrofe en GARCÍA RUBIO, M^aP.-ALVAREZ GONZÁLEZ, S. (Coords.), *La responsabilidad...*, *passim*.

como consecuencia de una nevada. Suelen citarse los supuestos de daños al medio ambiente como ejemplo paradigmático de daños difusos, pues afectan a intereses comunes e indivisibles de toda una colectividad indeterminada de personas⁵¹⁵. Sin embargo, agudamente se ha señalado que un mismo interés, como el subyacente al derecho a un medio ambiente sin contaminar, puede participar de los dos calificativos⁵¹⁶: gozaría de la condición de daño colectivo el sufrido por los vecinos de una urbanización junto a la que se instala una fábrica que emite humos nocivos; sería daño difuso si tales emisiones afectaran tanto a zonas públicas como privadas, al modo de la lluvia ácida que afecta a los bosques.

Para precisar adecuadamente nuestro objeto de estudio, es conveniente recordar la existencia de toda una variada tipología de acciones colectivas, todas ellas de naturaleza diferente entre sí, entre las que aquí sólo nos interesan las de carácter resarcitorio o indemnizatorio. Así, en la lucha contra las condiciones generales oscuras o abusivas (controles de incorporación y contenido, respectivamente), y a diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado, donde únicamente se contemplan dos acciones colectivas, el artículo 12 LCG contempla cuatro distintas acciones colectivas, de diferente naturaleza⁵¹⁷:

a) Acciones de cesación, dirigidas a obtener la condena del predisponente a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Ya he comentado en otro lugar que esta acción de cesación es de extraordinaria complejidad, pero de una eficacia e importancia inusitada en nuestro Derecho, también dentro del ámbito del Derecho de daños. Constituye, nada menos, la posibilidad de combatir unos determinados daños *antes de que los mismos se produzcan*, implementando la verdadera potencialidad preventiva del Derecho de daños. Así, frente a los remedios tradicionales que el Ordenamiento brindaba para la lucha contra los efectos de la mala fe contractual, que siempre actuaban una vez puesta en marcha la eficacia del contrato, y a menudo, implicadas en un litigio relativo al cumplimiento-incumplimiento del mismo, se establece ahora la posibilidad de entablar una acción dirigida justamente a impedir que arranque dicha eficacia. O frente a las conductas que potencialmente pueden generar un determinado perjuicio (en el ámbito publicitario, de la propiedad industrial o intelectual, etc.), se establecen los mecanismos inhibitorios de las mismas, antes de que el daño se produzca. Se trata, por ello, de un remedio preventivo que evita o impide la generación misma del daño, de indudables ventajas respecto de todos los remedios satisfactivos que *a posteriori* puedan establecerse para reparar la lesión ya producida⁵¹⁸. Pero, obviamente, tal instrumento se encuadra dentro de la tutela inhibitoria del daño, y no constituye una acción colectiva de indemnización de daños y perjuicios, y por tanto no es lo que aquí nos interesa.

b) La acción declarativa de existencia de condiciones generales va encaminada a obtener la mera declaración judicial de que una determinada estipulación contractual tiene el carácter de condición general de la contratación, y la condena a inscribirla en el Registro de Condiciones Generales cuando dicha inscripción resulte obligatoria por razón del sector de la contratación afectado.

⁵¹⁵ Por todos, puede verse GOMIS CATALÁ, L., *Responsabilidad por daños...*, págs. 205 y ss.

⁵¹⁶ Así, MONTÓN GARCÍA, L., *Acciones colectivas...*, pág. 12.

⁵¹⁷ El tema lo expongo extensamente en mi comentario al artículo 10.1.bis de la LGDCU, en LLAMAS POMBO (Coord.), *Comentarios y jurisprudencia...*, págs. 371 y ss.

⁵¹⁸ Del tema me ocupé con detenimiento en LLAMAS POMBO, *Revista Práctica Derecho de Daños*, 2004.

c) Acciones de retractación, que se interponen contra cualquier profesional, predisponente o no, que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas, o manifieste también en público su voluntad de utilizarlas en el tráfico.

d) Acciones de restitución o remoción de los efectos ilícitos por cobro de lo indebido y acciones colectivas de reparación, encaminadas a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la aplicación de aquéllas. En realidad, estas acciones reparatorias son las únicas que aquí nos interesan, y que denominamos “*acciones colectivas contra daños*”.

5.2.- LA ACCIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO *AD HOC* FRENTE A LOS DAÑOS SUPRAINDIVIDUALES TANTO EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL COMO EN EL EXTRACONTRACTUAL

En los supuestos de daños colectivos y difusos, son múltiples y de muy diversa índole los obstáculos que hacen inviable el ejercicio de una acción individual⁵¹⁹. Así, cabe mencionar:

- a) Impedimentos fácticos, que tienen en común la generación de un importante desequilibrio de medios entre el perjudicado y el causante del daño, por factores de muy diversa índole:
 - Económicos: Unas veces, la enorme cuantía de los daños y la complejidad de sus causas hacen prohibitivos los costes procesales para un solo individuo: baste pensar en los informes periciales, honorarios profesionales, viajes, duración del proceso, etc. en cualquiera de los supuestos que hemos mencionado anteriormente. Y otras, sucede justamente lo contrario: la escasa cuantía de los daños padecidos por uno de los perjudicados, convierte en absolutamente antieconómica cualquier reclamación individual. Son las llamadas *small claims*, reclamaciones de cantidades muy pequeñas si se consideran individual y aisladamente, pero muy numerosas por lo que, una vez agrupadas, alcanzan una importancia económica notable. Como se ha señalado⁵²⁰,

⁵¹⁹ También en este punto es abundante y redundante la doctrina procesalista. Por referirme sólo a la bibliografía española, me baso en los sintéticos trabajos de BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional...*, págs. 120 y ss.; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional...*, págs. 122 y ss.

⁵²⁰ VICENT CHULIÁ, *Condiciones Generales...*, pág. 395. Para entenderlo bien, y para justificar la necesidad de tales acciones colectivas o de grupo, el autor se hace eco del supuesto que contempla la STS 8 abril 1994, donde se falló el llamado “*Caso Caixa de Catalunya*”. Los demandantes, un grupo de compradores de viviendas, subrogados en los correspondientes préstamos hipotecarios concedidos a los promotores, en litisconsorcio activo con una asociación de consumidores, obtienen ante el Tribunal Supremo una sentencia que: 1º) por una parte, les da la razón y declara que si el interés contractual pactado era del 14%, la Caixa no podía cobrarles más, y por tanto, no podía obtener el “interés real”, calculado siguiendo el conocido “sistema francés”, sobre la total cantidad pendiente del año, sin deducir las amortizaciones realizadas sucesivamente a lo largo del mismo, sobre la base de un pretendido e inexistente uso bancario; 2º) por otra, sin embargo, declara que no existen acciones civiles colectivas y que no puede basarse su existencia directamente en la Constitución, negando así la legitimación activa de la asociación de consumidores y, lo que es más grave, negando también los pretendidos efectos colectivos de la sentencia. De manera que el pronunciamiento favorable que obtuvieron los demandantes después de siete años de pleito sólo era aplicable a los mismos. Y los millares de otros deudores hipotecarios que se encontraban en idénticas circunstancias precisaban iniciar un similar largo camino procesal, para alcanzar la misma solución.

sólo las acciones colectivas permiten recuperar los costes, en litigios de escasa cuantía individual, pero de millones, a nivel de toda la sociedad. Es más, existen numerosas situaciones en las que sólo la acción colectiva es capaz de combatir determinadas prácticas y cláusulas abusivas. Piénsese en la cláusula que permite redondear los céntimos al alza: es obvio que ningún usuario de banca individual va a entablar un costoso litigio para obtener finalmente, a lo sumo, la recuperación de unos cuantos pocos euros, frente a quien tiene un equipo jurídico en nómina a su disposición que garantiza un coste marginal nulo para ese pleito concreto, y obtiene (mediante la suma de todos los redondeos) varios millones de euros al año.

- Culturales, por la deficiente educación e información de los ciudadanos perjudicados, o los prejuicios frente al mundo jurídico y de la justicia.
- Psicológicos o sociológicos: temor por el riesgo de ser vencido, molestias inherentes a todo proceso, e incluso la desconfianza respecto de la Administración de Justicia.

b) Obstáculos jurídicos: No podemos olvidar la base burguesa, liberal y, por tanto, individualista que sirve de fundamento a toda nuestra codificación. El Derecho privado codificado es el Derecho de las relaciones interindividuales, de un contratante frente a otro, del causante del daño frente a la víctima del mismo. Hijos de la Ilustración y de la concepción kantiana del hombre mayor de edad para comportarse como ser autónomo que piensa por sí mismo y actúa como persona moralmente libre⁵²¹, nuestros códigos nunca pudieron imaginar siquiera acciones entabladas por un sujeto en beneficio de otros (numerosos e indeterminados) a los que ni siquiera representa, y sólo muy excepcionalmente, en los casos de sustitución procesal, se admite que quien ostenta un determinado interés pueda ejercitar un derecho subjetivo ajeno, como sucede en la acción subrogatoria del artículo 1111 del CC y en el ejercicio de la acción por el arrendador frente al subarrendatario del artículo 1552 del CC. Y menos aún, aquel Derecho codificado pudo pensar en colectividades, grupos o intereses difusos de personas indeterminadas. El Derecho civil actual, se ha señalado en otro lugar, a diferencia del que ingresó en la Codificación, ya no es un puro ordenamiento de los particulares, centrado en los intereses individuales y opuesto al Derecho público. Por el contrario, el Estado social de Derecho impone un Derecho civil sensible a los intereses generales y colectivos, cuya protección ha de constituir un principio activo de toda relación jurídica. Por ello, pese a que en la doctrina se viene hablando de tales intereses difusos y colectivos desde la década de 1970, e incluso algunas leyes sectoriales (a las que aludiremos seguidamente) contemplaron tempranamente ciertas acciones colectivas, o algo parecido a éstas, lo cierto es que siempre faltó en nuestro ordenamiento un instrumento procesal *ad hoc* que permitiera dar entrada a esa nueva e importante faceta del Derecho privado: su carácter social y colectivo.

La mencionada inviabilidad de las acciones individuales tradicionales hace necesaria la implementación de unas acciones judiciales “extraordinarias”, caracterizadas por dos notas fundamentales:

- a) Ampliación de la legitimación activa, para dar entrada en la misma a determinadas entidades, corporaciones o asociaciones que “representen” (no

⁵²¹ Una vez más, por referirme sólo a la más reciente, lo ha explicado de forma magistral, breve y sintética ALONSO PÉREZ, M., A.D.C., 2007, págs. 462 a 465.

se trata, en realidad, de verdadera representación en sentido técnico-jurídico) tales intereses colectivos o difusos y los defiendan en juicio.

- b) Extensión de los efectos de cosa juzgada para ampliar la eficacia de la sentencia a todos los sujetos y situaciones que, de forma determinada o determinable, queden dentro de la categoría de los intereses objeto del pleito, sin necesidad, por tanto, de haber sido parte en el mismo.

En efecto, la implementación de las acciones colectivas por la LEC, no sólo en lo relativo a los problemas de legitimación (artículo 11), sino también a la capacidad para ser parte (artículo 6.1.7º), la capacidad procesal (artículo 7.6), la publicidad e intervención en el proceso (artículo 15), diligencias preliminares dirigidas a la adecuada conformación de los grupos (artículo 256.1.7º), contenido de la sentencia (artículo 221), efectos del proceso (artículo 222.3) o la ejecución (artículo 519).

Por eso, la *Supreme Court* de los EEUU ha venido destacando las importantes ventajas que ofrecen las *class actions* que se encuentran en el origen de estas acciones civiles colectivas⁵²²:

- eficiencia y economía procesal,
- protección de los demandados frente a reclamaciones inconsistentes,
- protección de los intereses de los ausentes,
- acceso a la justicia de los pequeños demandantes,
- fortalecimiento de las leyes, y
- freno a actuaciones ilícitas.

A ello añadiríamos un importante y doble beneficio para la Administración de Justicia: la acción colectiva evita la innecesaria multiplicación de procesos, y asegura soluciones homogéneas para situaciones fácticas que también lo son⁵²³ con evitación de las indeseables resoluciones contradictorias. Así, las ventajas de las acciones colectivas se han resumido en las siguientes⁵²⁴: 1) Economía procesal; 2) evitación de resoluciones contradictorias; 3) Fragmentación y optimización de los costes de defensa; 4) Acumulación de pequeñas reclamaciones cuya cuantía total justifica el coste de defensa, lo que tiene también un efecto disuasorio frente a las grandes empresas; 5) Equidistribución de las indemnizaciones (cuando la suma de las debidas por el empresario no alcance a la satisfacción de todos los damnificados).

Ha de notarse, además, que tales ventajas y beneficios son predicables tanto en los supuestos de responsabilidad extracontractual, como en los de daños derivados de la moderna contratación masiva incardinables dentro del ámbito contractual. Ha sido precisamente en esta órbita del contrato con condiciones generales donde mayores frutos jurisprudenciales ha conocido la corta historia de las acciones colectivas en España, de la mano de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que, como en seguida veremos, fue de las pioneras en la consagración de tales acciones. Es más, si tenemos en cuenta que la legitimación que ofrece el artículo 11 de la LEC para el ejercicio de las acciones colectivas viene circunscrita a las organizaciones y asociaciones de consumidores y usuarios, como quiera que el consumidor es, ante todo, un contratante, serán los daños contractuales los que encuentren un cauce más fácil a

⁵²² PÉREZ MORIONES, R.G.D., 1999, págs. 9469 y ss.

⁵²³ GARNICA MARTÍN, *La Ley*, 2001, pág. 4.

⁵²⁴ CARRASCO-GONZÁLEZ, A.C., 2001, pág. 22.

través de las acciones de clase. Lo que no quiere decir, sin embargo, que no tengan cabida por esta vía pretensiones de responsabilidad extracontractual, como veremos más adelante.

5.3- PRECEDENTES COMPARADOS: LAS *CLASS ACTIONS* Y SUS REQUISITOS

En el Derecho comparado, es obligada la referencia a las *class actions* del Derecho norteamericano, similares a las creadas por los Tribunales *in equity* en Inglaterra, y que como digo constituyen el claro antecedente de toda la doctrina de las acciones colectivas, aunque nuestra regulación contiene importantes diferencias con aquéllas, derivadas de la diversidad de los sistemas jurídicos. Pero lo cierto es que ya desde hace años han cobrado fortuna en los ordenamientos de la Europa continental, precisamente y de manera muy especial, en la tutela de los intereses de los adherentes en los contratos con condiciones generales, y en la indemnización de los daños colectivos. Así, se encuentran las acciones civiles colectivas en la Ley alemana de condiciones generales de 9 diciembre 1976; en la Ley austriaca de protección de los consumidores, de 8 marzo 1979; en el Decreto-Ley portugués de 25 octubre 1985, modificado por Decreto Ley de 13 agosto 1995, para transposición de la DIR 93/13; también existen modelos de acciones colectivas en Irlanda y Reino Unido; y en Francia se ha anunciado solemnemente la instauración de las *acciones de clase*.

Dentro del ámbito comunitario, es preciso citar, ante todo, la DIR 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DIR 93/13), cuyo artículo 7 tímidamente establece las acciones colectivas, cuando dispone que los medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir a los órganos judiciales. Junto a ella, aparecen acciones de cesación en la DIR 84/450/CEE del Consejo, de 10 septiembre 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa; en la DIR 92/28/CEE del Consejo, de 20 mayo 1997, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano; y en la DIR 97/7/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo 1997, sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Pero hemos de volver, siquiera brevemente, a la regulación de las *class actions* en el Derecho estadounidense, en la medida en que constituyen el verdadero antecedente de la institución⁵²⁵. Sobre todo, nos interesan sus requisitos a fin de compararlos con los que la institución exige en nuestro ordenamiento. Las *class actions*, figura de origen jurisprudencial, se reconocen en los EEUU en la *Federal Equity rule* 48 de 1842, el *New York Field Code* de 1848 y la *Federal Equity Rule* 38 de 1912, donde se establecen tres requisitos para las mismas: 1º) Imposibilidad de participar todos los sujetos de la *class* en el proceso; 2º) adecuada representación de ésta por quien participa

⁵²⁵ El régimen jurídico de las *class actions* en EEUU ha sido estudiado ya minuciosamente en nuestra doctrina, por lo que basta remitir a los trabajos de PÉREZ MORIONES, *RGD*, 1999, págs. 9477 y ss., con numerosas citas de bibliografía monográfica y un pormenorizado estudio histórico en la nota 28; VICENT CHULIÁ, *Las acciones colectivas...*, págs. 398 y 399; y con enorme sentido práctico, con vistas a la regulación española, FERRERES COMELLA, A., *A.J.* 2005, págs. 2 y ss.

en el mismo; y 3º) existencia de una cuestión de hecho o de Derecho, común a todos los miembros de la *class*. Si bien, más tarde se sustituye el tercer requisito por toda una clasificación de derechos susceptibles de protección mediante la *class action*, dando lugar a la compleja distinción entre *true class actions*, *hybrid class actions* y *spurious class actions*, que a su vez también fue abandonada a partir de 1966.

Hoy se encuentra regulada por las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, modificadas en 1966, y donde se han redefinido tales requisitos en los siguientes términos⁵²⁶:

1º) *Numerosity*⁵²⁷: es preciso un número elevado de miembros de la *class* que haga “impracticable”, pero no necesariamente imposible, su participación en el proceso. No se trata, en realidad, sólo de una cuestión de número de miembros de la clase, sino que hay que tener en cuenta otros aspectos relevantes, como la dispersión geográfica de los mismos o, incluso, los recursos económicos que teóricamente cabe atribuir al miembro “típico” de aquélla.

2º) *Commonality*⁵²⁸, que se suele traducir como “identidad fáctica”. Hace falta que existan cuestiones de Derecho o de hecho que sean comunes a los miembros de la *class*, que resulten más relevantes que las circunstancias particulares de cada uno de ellos. Así, a *sensu contrario*, cuando las circunstancias individuales se presenten con la suficiente entidad como para que la acción colectiva pierda su eficacia y, por ejemplo, obliguen a la práctica de prueba sobre tales circunstancias personales descomponiendo el procedimiento inicial en innumerables sub-procedimientos, se considera que no existe tal *commonality*.

3º) *Typicality*⁵²⁹: se requiere que las peticiones o excepciones de las partes, interviniendo los actores como demandantes en su propio nombre y como representantes de la *class*, sean típicas o representativas de las peticiones o excepciones de la *class*; que la reclamación o la excepción sea un remedio de la que habría iniciado cada uno de los miembros de la clase.

4º) *Adequacy of representation*⁵³⁰, o sea, garantía de que los intereses de la *class* van a ser protegidos de un modo justo y adecuado por los demandantes, porque no se observan conflictos de intereses que puedan tergiversar su finalidad y porque sus abogados tienen cualificación, experiencia y capacidad para conducir el litigio.

5.5.- REQUISITOS DE LA ACCIÓN COLECTIVA CONTRA DAÑOS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Para prosperar, la pretensión indemnizatoria formulada con carácter colectivo debe reunir, como resulta obvio, los presupuestos o requisitos de toda acción de responsabilidad civil, que son sobradamente conocidos, por lo que huelga examinarlos aquí. Sucede, sin embargo, que esa cualidad colectiva de la acción va a exigir el cumplimiento de algunos requisitos adicionales. Unos, derivados como consecuencia lógica de la propia esencia de las acciones de clase, conforme a su configuración doctrinal y de Derecho comparado; otros, exigidos taxativamente por la Ley española, con independencia del juicio de valor que merezca tal opción legislativa. Veremos en

⁵²⁶ Puede consultarse fácilmente el texto íntegro en www.law.cornell.edu.

⁵²⁷ “*The class is so numerous that joinder of all members is impracticable*”.

⁵²⁸ “*There are questions of law or fact common to the class*”.

⁵²⁹ “*The claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class*”.

⁵³⁰ “*The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*”.

seguida cómo, a pesar de las inevitables similitudes conceptuales, no puede afirmarse en absoluto que los requisitos de las *class actions* estadounidenses sean trasladables íntegramente a nuestro ordenamiento. Antes, bien, al contrario, se comprueba que los requisitos de *numerosity* y *commonality* han de entenderse sometidos a importantes matizaciones; y los de *typicality* y *adequacy of representation* son, sencillamente, extraños a nuestra regulación de la materia. Los requisitos predicables en el Derecho español pueden resumirse en los que seguidamente examinamos:

5.5.1.- Daño colectivo o difuso

La acción colectiva contra daños sólo podrá tener lugar cuando pueda hablarse de la existencia de un perjuicio de carácter colectivo o de naturaleza difusa, según el concepto de uno y otro daño que hemos visto en el epígrafe 1, es decir debe producirse la lesión de intereses colectivos o de intereses difusos. Ha de poder hablarse de la existencia de un grupo, de una *clase de perjudicados*. Y ello exige, a su vez, la concurrencia de determinados presupuestos:

5.5.1.1.- Unidad del hecho dañoso

Tanto el número 2 (daños colectivos) como el número 3 (daños difusos) del artículo 11 de la LEC toman como supuesto fáctico de partida para toda acción colectiva, la existencia de “un hecho dañoso”. Y ello resulta perfectamente coherente con la esencia de la acción colectiva: un solo daño pero múltiples perjudicados por el mismo. De manera que si las fuentes generatrices del daño son también múltiples, no será viable la acción de clase, sino que deberán entablarse tantas como hechos dañosos se identifiquen. Lo que dota de unidad a la acción colectiva es precisamente ese único e idéntico origen del daño que afecta, eso sí, a múltiples perjudicados.

Admitido lo anterior, hay que precisar, sin embargo, que esa unidad del hecho dañoso no puede interpretarse como una simple traslación al Derecho español del requisito de la identidad fáctica (*commonality*). La literalidad de los artículos 11.2 y 11.3 de la LEC permite interpretar que la acción colectiva requiere, sin duda, que el origen del daño sea unívoco en relación con los distintos perjudicados; pero en absoluto se requiere de forma explícita una identidad fáctica, ni se prevé, por tanto, ningún mecanismo procesal para su fiscalización⁵³¹. De hecho, si el legislador hubiera querido introducir dicho control, bien pudiera haber exigido la identidad fáctica en términos similares a los que contempla el artículo 72 de la LEC para la acumulación de acciones, qué solo es admisible cuando pueda establecerse un nexo entre las mismas por razón del título o causa de pedir, con la particularidad de que “se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”.

Nada de eso se menciona en el caso de las acciones colectivas; y, rotundamente, no parece que pueda aplicarse analógicamente a las acciones de clase ese requisito de identidad fáctica previsto para legalmente para el supuesto de acumulación subjetiva de acciones. Y ello por la sencilla razón de que nada tienen que ver una y otra institución, en contra de lo que se ha sostenido⁵³². En efecto, parecen indiscutibles, al menos, dos

⁵³¹ FERRERES COMELLA, A.J., 2005, pág. 8.

⁵³² Para FERRERES COMELLA, (A.J., 2005, pág. 8) “podría sostenerse que el ejercicio de una reclamación por parte de una asociación de consumidores o usuarios, en relación con los daños y perjuicios sufridos por un número indeterminado de consumidores, constituye una suerte de acumulación subjetiva de acciones; o, al menos, un supuesto que guarda la suficiente identidad de razón con aquélla como para justificar una aplicación analógica de sus requisitos. Pues, como

diferencias absolutamente radicales, que impiden afirmar ninguna suerte de identidad de razón⁵³³:

- El supuesto de acumulación subjetiva del artículo 72 de la LEC supone la existencia de *varias acciones que corresponden a varios sujetos y se ejercitan en un único procedimiento*. El supuesto que aquí nos interesa se refiere a *una única acción*, bien que ésta sea de carácter colectivo.
- En caso de acumulación subjetiva de acciones, la sentencia no tiene efectos más que para quienes sean parte en el proceso. En las acciones colectivas, la clave está precisamente en la extensión de la cosa juzgada a sujetos que no fueron parte en ese procedimiento.

Es más, en términos absolutamente rigurosos, nunca podría apreciarse en su integridad esa identidad fáctica, pues resulta difícil imaginar un supuesto en el que la entidad, gravedad o extensión cuantitativa del daño fuera exactamente idéntica entre todos los miembros del grupo de perjudicados. Lo normal, por el contrario, es que el grado de afectación a los distintos sujetos resulte diferente.

Por lo demás, la unidad del hecho dañoso a la que venimos aludiendo alcanza no sólo a la acción u omisión del artículo 1902 del CC en el caso de la responsabilidad extracontractual, o a la contravención del tenor de la obligación del artículo 1101 del CC en el supuesto de la responsabilidad contractual. Parece razonable entender que aquella unidad debe poder predicarse también del elemento de imputación, sea culpa, riesgo u otros, y de la relación de causalidad entre dicha fuente y el daño irrogado a los demandantes.

5.5.1.2.- Pluralidad de perjudicados

Resulta evidente que el ejercicio de una pretensión colectiva de indemnización de daños y perjuicios necesariamente debe tener en su origen un daño afectante a una pluralidad de personas. Ese carácter plural o, si se prefiere, colectivo, en el sentido de que el hecho dañoso afecta a varios perjudicados es precisamente el que permite hablar de un daño colectivo o difuso, y supone la premisa elemental de una acción colectiva.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado, en el ordenamiento español no parece que pueda sostenerse ningún requisito adicional en

ya se ha indicado, la reclamación interpuesta por la asociación no es más que el resultado de la suma de multitud de reclamaciones individuales de los consumidores representados en la reclamación, aunque aquellos consumidores estén inicialmente indeterminados". No podemos compartir tal afirmación, pues: a) Nada tiene que ver la acumulación de las (varias) acciones que varios sujetos tienen contra uno, con el ejercicio de una (única) acción colectiva, por los motivos expresados en el texto. b) Tampoco existe identidad de razón, pues ni el supuesto de hecho es el mismo, ni la *ratio* de ambas instituciones es siquiera parecida, ni desde luego los efectos de una y otra se asemejan en absoluto. c) No creo que pueda afirmarse que la acción colectiva sea "el resultado de la suma de multitud de reclamaciones individuales", y menos aún en el supuesto del artículo 11.3 al que se refiere el autor, donde, como ya hemos explicado, no existen derechos subjetivos individualmente considerados. Sencillamente, no hay nada que "sumar".

⁵³³ Cosa distinta, claro está, es la acumulación de (varias) acciones colectivas en un solo proceso, que facilita decididamente el artículo 78.4 de la LEC, como explico en un siguiente epígrafe.

relación con el número de afectados: basta el carácter plural de éstos. En efecto, ya hemos visto cómo en EEUU las *class actions* vienen sometidas al criterio de la *numerosity*⁵³⁴, que exige un elevado número de miembros de la *class*, que haga extremadamente difícil, si no imposible, la participación individual de éstos en el proceso. Así, se dice acertadamente que en dicho sistema las acciones de clase desempeñan una suerte de papel subsidiario respecto de las individuales, pues sólo se justifican cuando el número de personas perjudicadas por el producto o el servicio, unido a su dispersión geográfica o el nivel de recursos económicos del miembro “típico” de la *class*, dificulte la coordinación de todas las demandas individuales, de manera que el juez debe denegar la acción colectiva cuando el grupo es tan poco numeroso que los inconvenientes superen a las ventajas, cuando el número de miembros de la clase alegada sea tan alto como para crear problemas de inadecuada representatividad y altos costes de ejecución o cuando el valor individual del interés tenga la suficiente entidad como para justificar la persecución individual del propio derecho. Por eso, se ha criticado el sistema español por conferir un alcance extremadamente amplio a la legitimación colectiva y adolecer de falta de elementos de discriminación entre las circunstancias que justifican una acción de clase y las que la hacen desaconsejable⁵³⁵. Sin embargo, cuando quien entabla la acción colectiva es un “grupo de afectados por el hecho dañoso” y no una organización de consumidores y usuarios, el artículo 6.1.7º de la LEC sí exige como requisito de admisibilidad de la demanda que “el grupo se constituya con *la mayoría de afectados*”, lo que, con independencia de las observaciones y problemas que ello conlleva en la práctica, sí supone un importante control limitativo a la legitimación colectiva.

Nótese que esta pluralidad de perjudicados por un mismo hecho dañoso es requisito necesario pero no suficiente para la formación de una *class* o grupo legitimado colectivamente. Sería, sin duda, suficiente para la acumulación de todas las acciones individuales, pues así lo permite el artículo 72 de la LEC, cuando faculta para el ejercicio simultáneo de las acciones que varios sujetos tengan contra uno, siempre que entre las mismas exista un nexo por razón del título o causa de pedir; con el efecto de que se discutirán todas esas (plurales) acciones en un mismo procedimiento y ser resuelven en una sola sentencia (artículo 71 de la LEC). Sin embargo, la acumulación de *varias* acciones en un mismo procedimiento nada tiene que ver con el ejercicio de *una única* acción colectiva, cuya sentencia va a surtir efectos para sujetos que ni demandaron ni intervinieron en el proceso. Y por ello, esta acción colectiva requiere, junto a la pluralidad de afectados, los requisitos que vemos seguidamente.

5.5.1.3.- Lesión de intereses colectivos o difusos

Como decíamos, los integrantes del grupo de perjudicados deben venir unidos por un interés supraindividual, en el sentido explicado más arriba⁵³⁶, y por lo tanto ha de haberse visto lesionada una de las dos categorías ya tipificadas de tal interés. Cada una de ellas, además, dará lugar a una acción diferente:

- a) Existirá la lesión de un interés colectivo cuando el daño afecte a derechos subjetivos particulares e individuales homogéneos a todos los miembros del grupo. Ello dará, como consecuencia, que dichos miembros resulten determinados (todos los pasajeros de un avión) o

⁵³⁴ La Rule 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, a las que hemos aludido anteriormente.

⁵³⁵ CARRASCO-GONZÁLEZ, AC, 2001, pág. 26.

⁵³⁶ Epígrafe 1.

fácilmente determinados (todos los usuarios de una autopista de peaje que accedieran a la misma entre las 19,00 y las 23,00 horas, por poner un ejemplo real; o los asistentes a un multitudinario acontecimiento deportivo, previo pago de la entrada), y por tanto, la acción deberá seguirse por el cauce del artículo 11.2 de la LEC.

b) En cambio, habrá lesión de un interés difuso cuando el daño afecte a los miembros del grupo no como individuos sino como integrantes de una colectividad más o menos amplia, como beneficiarios de determinados bienes comunes, de manera que nunca podrían arrogarse una legitimación procesal individual, y sólo pueden hacer valer dicho interés (o el derecho a la reparación del mismo cuando resulta lesionado) precisamente a través de la acción colectiva. Esa circunstancia hace que los miembros del grupo resulten indeterminados (como los perjudicados por la contaminación marina provocada por el hundimiento del *Prestige*) o de difícil determinación (como sucedería con los asistentes a una multitudinaria manifestación callejera o a un concierto gratuito organizado por el ayuntamiento en una plaza pública). Y en tal supuesto, la acción colectiva deberá ajustarse a las prescripciones del artículo 11.3 de la LEC.

5.5.2.- Cualidad de consumidor en los perjudicados

El precepto clave para la consagración de las acciones colectivas en España es, como venimos diciendo, el artículo 11 de la LEC. Y a la vista de su tenor literal no queda más remedio que admitir como requisito legal de tales acciones el que los perjudicados por el daño colectivo o difuso tengan la cualidad de consumidores y usuarios. En efecto, los numerales 2 y 3 de la norma se refieren explícita e insistenteamente a los perjudicados exclusivamente como “grupo de consumidores y usuarios”, de manera que cuando los perjudicados constituyan un grupo de personas físicas o jurídicas que carezcan de tal condición, no sería posible acudir a tan importante y eficaz instrumento procesal. Lo que, por otra parte, concuerda con la atribución de la legitimación activa para interponer las acciones colectivas, a las organizaciones de consumidores y usuarios, según veremos seguidamente⁵³⁷; es más, ni siquiera cuando en el supuesto de los daños difusos se prescinde de tales organizaciones y se legitima directamente a los “grupos de afectados por un hecho dañoso” en el artículo 6.1.7º de la LEC, cabe obviar la condición de consumidor o usuario para cada miembro de dicho grupo, pues tales grupos tienen que estar integrados literalmente por “consumidores y usuarios”.

Tan elemental consideración legal merece, eso sí, las siguientes observaciones:

1º) Para el objetivo que aquí nos interesa de dar contenido a este requisito, hemos de acudir a la noción de consumidor que establecen las normas del artículo 1.2 y 1.3 de la LGDCU. Ciertamente, tal definición se lleva a cabo “a los efectos de *esta Ley*”, o sea, la de defensa de tales consumidores y usuarios, pero no parece que pueda sostenerse una noción diferente a los efectos delimitadores de las acciones colectivas. En consecuencia, el ejercicio de una acción colectiva contra daños requiere que el perjuicio difuso o colectivo haya afectado a “personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. Y no

⁵³⁷ Nótese, sin embargo, que se trata de dos cuestiones o problemas distintos. Una cosa es la necesaria cualidad de consumidor que deben reunir los integrantes del grupo de perjudicados, y otra distinta quién o quiénes pueden interponer la acción colectiva en beneficio de aquéllos.

podrá constituirse un grupo de afectados si éstos, “sin constituirse en destinatarios finales, adquieren, almacenan, utilizan o consumen bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Como es sabido, y agudamente se ha explicado⁵³⁸, el legislador español con esta definición ha optado por una noción concreta basada en un criterio subjetivo, que gira fundamentalmente en torno a la expresión “destinatario final”, que adquiere los bienes o los servicios para un uso personal, familiar o doméstico; y no a la figura del “cliente”, que englobaría todos aquéllos que contratan con un empresario para adquirir bienes y servicios, con independencia del destino de éstos.

2º) El consumidor es, ante todo, un contratante, toda vez que el acceso a bienes y servicios dentro del mercado se lleva a cabo siempre a través de un contrato. En consecuencia, si se aplica rigurosamente el requisito de condición de consumidor a las acciones colectivas contra daños, encontraremos que, en su mayor parte, se referirán a supuestos de responsabilidad contractual.

3º) Como acertadamente ha señalado la doctrina especializada⁵³⁹, es elemento fundamental de la noción de consumidor que la adquisición de bienes o servicios para uso privado se realice con relación a un empresario. Ello acarrea como consecuencia que, en principio, la acción colectiva contra daños en todo caso irá dirigida contra un dañador-empresario, siempre que, insisto, se aplique a rajatabla el requisito que comentamos.

4º) Adicionalmente, la aplicación rigurosa de la exigencia de esa condición de consumidor en los miembros del grupo convertiría el proceso judicial en el que se entabla la acción colectiva en todo un rosario de pruebas e indagaciones judiciales acerca de la cualidad de todos y cada uno de los miembros del grupo. ¿*Quid* del supuesto en que tales miembros resulten indeterminados o de difícil determinación? ¿Cómo acreditar, o argumentar siquiera, que todos ellos reúnen la condición de consumidores? ¿Cómo discriminar al usuario de una autopista (por insistir en el ejemplo real de una acción ya entablada en nuestro país) que va de vacaciones con su familia de la furgoneta de reparto o el camión propiedad de una empresa de transporte?

5º) Desde la lógica más elemental, las consecuencias que, según se acaba de exponer, derivarían de una aplicación formalista del requisito exigido literalmente por la LEC, conducirían al absurdo. Parece como si el legislador procesal español, tremadamente condicionado por los antecedentes legislativos de otras acciones colectivas, especialmente las de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, hubiera olvidado que a la cualidad de *perjudicado* nada le añade la de consumidor. La perjudicada es la persona, como titular de los derechos subjetivos lesionados; que la misma sea o no consumidor final de bienes o servicios no constituye ningún *plus* a los efectos que aquí nos interesan, que no son otros que el resarcimiento de daños y perjuicios. La esencia de la protección de los consumidores y usuarios reside en la radical desigualdad en que se encuentran respecto a los empresarios cuando se acercan al mercado; la desigualdad entre el contratante *amateur* y el contratante profesional. Pero cuando la persona padece un daño o perjuicio, nace el derecho a la reparación con

⁵³⁸ Para el tema, resulta inexcusable el trabajo de BOTANA GARCÍA, G.A., *Curso...*, págs. 27 y ss., especialmente, págs. 34 a 40. También BOTANA GARCÍA, G.A., *EC*, 1990, págs. 53 y ss. Y la bibliografía comparada allí citada.

⁵³⁹ Ver nota anterior.

arreglo al *alterum non laedere*, con independencia de que sea o no consumidor final; ninguna influencia ejerce la situación de igualdad o desigualdad en la que se haya podido encontrar dentro del mercado de bienes y servicios.

6º) Por esta razón, y en coincidencia con cierta doctrina⁵⁴⁰, abiertamente propugnamos una interpretación sumamente flexible de tal exigencia legal, pues no es posible aplicarla de otro modo ni atribuir al juez la obligación de indagar caso por caso la concurrencia de los requisitos legales, en relación con sujetos que, en ocasiones por definición, resultan indeterminados o de difícil determinación. Especialmente, en los supuestos de responsabilidad extracontractual.

5.5.3.- Legitimación activa

5.5.3.1.- Planteamiento y reglas generales

La determinación de la legitimación activa constituye uno de los problemas nucleares de las acciones colectivas. Es necesario garantizar de que aquel que efectivamente ejercita la acción de grupo verdaderamente encarna o “representa” (no en el sentido técnico-jurídico de la expresión) esos intereses colectivos o difusos que se encuentran en la base de aquélla⁵⁴¹. El problema fundamental radica en que para la dogmática procesal, tradicionalmente la legitimación siempre vino concebida a partir de la perspectiva concreta del derecho subjetivo, y para dar entrada a la tutela judicial de los intereses colectivos y (sobre todo) difusos es preciso superar tal concepción, abriendo paso a una idea de legitimación más amplia, que permita abarcar, junto a los derechos subjetivos, a los “intereses legítimos” que menciona el artículo 24 de la CE.

Ya hemos visto cómo el problema de la legitimación es diferente del atinente a la cualidad de consumidores de los integrantes del grupo de perjudicados, pero resulta indudable que ambas cuestiones están estrechamente relacionadas; si nuestra legislación ha optado por exigir tal cualidad de consumidor o usuario en los perjudicados por el daño colectivo o difuso, y el artículo 20 de la LGDCU encomienda a las organizaciones de consumidores y usuarios la defensa de “los intereses generales de los consumidores y usuarios”, es razonable que a la hora de determinar la legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas la presencia de tales asociaciones resulte una constante.

En algunas acciones colectivas distintas de las encaminadas al resarcimiento de daños y perjuicios, existen algunas disfunciones legislativas que obligan a conectar, no siempre con la deseable armonía, los preceptos de la LEC con los de la norma sectorial adecuada. Es el caso de las acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación, y especialmente en la lucha contra cláusulas abusivas⁵⁴². Tales problemas no afectan a las acciones colectivas contra daños, cuya referencia normativa se encuentra exclusivamente en la LEC, especialmente en su artículo 11, y con mayor precisión, en sus apartados 2 y 3.

⁵⁴⁰ MARÍN LÓPEZ, *Indret*, 2001, pág. 4; REGLERO CAMPOS, F., *Tratado...*, pág. 167.

⁵⁴¹ Desde el punto de vista doctrinal, se reconoce unánimemente que el problema de la legitimación es la clave de todos los problemas que rodean la tutela de los derechos de los grupos. Por todos, GARNICA MARTÍN, *La Ley*, 2001, pág. 4, donde se hace eco de las dificultades dogmáticas a las que aludo.

⁵⁴² De ellas me ocupé extensamente en LLAMAS POMBO, E., *Comentarios y jurisprudencia...*, págs. 366 y ss.

En efecto, es necesario destacar que la previsión introducida en el artículo 11.4, concordante con el artículo 6.1.8º, ambos de la LEC, a partir de la reforma de Ley 39/2002, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas en materia de consumidores y usuarios, no afecta a las acciones colectivas contra daños. Y ello porque tanto la (polémica) legitimación del Ministerio Fiscal, que ya se encontraba en la LCG, como la de esas otras “entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea”, va referida exclusivamente a las *acciones de cesación* en defensa de los intereses colectivos y difusos; es decir, faculta a tales entidades para entablar acciones colectivas de naturaleza inhibitoria, pero para las de naturaleza resarcitoria que son las que aquí nos interesan, en las que, por lo tanto, debe considerarse excluida toda legitimación activa a favor del Ministerio Fiscal o de aquellas “entidades habilitadas”.

Dos precisiones previas adicionales, no por obvias menos importantes:

1º) La relación de sujetos y entidades legitimadas activamente para el ejercicio de las acciones colectivas contra daños, resulta taxativa, mediante la enumeración de una lista cerrada con carácter *numerus clausus*, sin que pueda admitirse ninguna suerte de ampliación, analogía o interpretación extensiva. Ello se ha puesto de manifiesto frecuentemente en los (todavía) ejemplos ya examinados por los tribunales: no hay pleito sobre acción colectiva contra daños en el que el demandado deje de cuestionar, por una u otra vía, la legitimación de la entidad demandante.

2º) La relación de legitimados activamente para el ejercicio de la acción colectiva no guarda ningún tipo de prelación o jerarquía, especialmente en el caso de las acciones contra daños colectivos del artículo 11.2 de la LEC, donde se contemplan tres tipos distintos de legitimados, pero también en el supuesto del artículo 11.3 en el que pueden concurrir varias asociaciones representativas. Todos los allí mencionados vienen legitimados para el ejercicio de la acción con carácter indistinto, concurrente y no excluyente, lo que puede dar lugar a supuestos de solapamiento de acciones, a los que nos referimos en el epígrafe 6.

Por último, conviene recordar que cualquiera de las entidades y corporaciones legitimadas en el precepto pueden personarse, como sujetos intervenientes, en todos los procesos en los que se ventilen acciones colectivas promovidos por las demás, a fin de defender los intereses que representan.

El artículo 11 de la LEC obliga a conferir un tratamiento distinto a las acciones contra daños colectivos (artículo 11.2) y a las acciones contra daños difusos (artículo 11.3), también en materia de legitimación. Veamos seguidamente ambos supuestos por separado.

5.5.3.2.- Legitimación para interponer la acción contra daños colectivos: asociaciones, entidades y grupos de afectados.

Cuando los perjudicados por un hecho dañoso son un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, el artículo 11.2 de la LEC atribuye “la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos” a los siguientes sujetos:

a) *Las asociaciones de consumidores y usuarios.* Dada la exigencia de la cualidad de consumidores y usuarios para los miembros del grupo de perjudicados, la legitimación de tales asociaciones parece coherente y razonable, a la vista, además, de la función que les confiere el ya mencionado artículo 20 de la LGDCU, de la

proclamación general (e innecesaria) del artículo 11.1 de la LEC, y de la todavía más genérica atribución de la tutela procesal de los intereses colectivos que efectúa el artículo 7.3 de la LOPJ. Así, toda la doctrina viene destacando que la legitimación reconocida a las asociaciones de consumidores y usuarios presenta una triple dimensión⁵⁴³, que expresamente recoge el artículo 11.1 LEC:

1º) Legitimación para la defensa de los intereses propios de la asociación, si se lesiona la zona del interés colectivo cuya gestión y defensa pertenece de manera exclusiva a la asociación en la medida en que constituye su razón de ser. Hay que reconocer que, si pensamos en acciones colectivas contra daños, la hipótesis de que nazca un derecho al resarcimiento propio de la asociación, no resulta inimaginable pero sí muy residual e infrecuente. En tal caso, por lo demás, estaremos en presencia de una legitimación absolutamente normal, por derecho propio, que no ofrece mayor dificultad.

2º) Legitimación para la defensa de los derechos de los miembros de la asociación, o legitimación por sustitución para demandar en juicio la tutela de los derechos e intereses privados de los mismos. En este caso quien actúa en juicio, la parte procesal, es la asociación, quien lo hace en beneficio de sus propios asociados. Ello ha generado la discusión doctrinal acerca de si se trata o no de una auténtica representación. Y ello porque a primera vista puede parecer que, en efecto, hay una simple representación propia, atribuida por los perjudicados a la asociación de la que forman parte. Sin embargo, la mayoría de los autores estiman que en realidad hay una representación sólo impropia, o una “representación paraorgánica de la clase”, pues no hay ninguna atribución legal o voluntaria de la representación sino mera legitimación extraordinaria, ni en este caso el representante actúa en nombre de otro, que es quien en realidad es parte, como sucede en la representación propia⁵⁴⁴. De todas formas, en la medida en que los beneficiarios del resultado de la acción colectiva han de reunir la cualidad de miembros de la asociación actuante, la cuestión en la práctica no tiene demasiada relevancia.

3º) Legitimación para la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, de modo que la asociación goza de la cualidad de “representante” en juicio del interés presuntamente lesionado de esa categoría de ciudadanos (consumidores y usuarios), aun cuando no todos los individuos afectados estén integrados en la asociación. Esta legitimación merece las siguientes observaciones importantes:

- Es preciso destacar que cuando el artículo 11.2 de la LEC, en relación con los daños colectivos (caracterizados legalmente por la determinación o fácil determinabilidad de los perjudicados), legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios, no exige el carácter exponencial ni la representatividad de éstas, a diferencia de lo que, como veremos, sucede en la acción contra daños difusos. Ello resulta coherente, en primer lugar, con el tenor del artículo 11.1, donde se atribuye a las organizaciones esa defensa de los intereses *generales* (concepto distinto del de intereses difusos) de los consumidores y usuarios, sin introducir ningún requisito adicional de representatividad. Y en segundo término, con la propia esencia de los que venimos denominando daños colectivos: en la medida en que los perjudicados están determinados o resultan

⁵⁴³ Por todos, PÉREZ MORIONES, *R.G.D.*, 1999, pág. 9506.

⁵⁴⁴ GARNICA MARTÍN, *La Ley*, 2001, pág. 5.

de fácil determinación, no parece existir riesgo alguno de que la falta de representatividad deje fuera de la *class* a miembros significativos de la misma o, al revés, pueda determinar que los efectos del proceso y la sentencia alcancen a quienes no ostentan tal condición.

- Dicho lo cual, también es cierto que sería deseable una mayor claridad en el tenor del artículo 11, que no deja de sembrar dudas al efectuar primero (número 1) una atribución abstracta de legitimación para la defensa de los intereses *generales* de los consumidores y usuarios, luego (número 2) otra atribución genérica sin requisito adicional alguno para la defensa de los intereses *colectivos*, y finalmente una atribución limitada a las asociaciones representativas para la defensa de los intereses *difusos*. La lectura integrada de los apartados 1 y 3 no deja de resultar conflictiva en este aspecto.

- Para que pueda admitirse esta legitimación genérica de la asociación de consumidores y usuarios, es preciso que al menos uno de sus miembros ostente la condición de perjudicado determinado o fácilmente determinable. Circunstancia que debe alegar y acreditar *a limine*, pues constituye la base de su legitimación activa. No se trata de trasladar a nuestro ordenamiento el requisito de la *adequacy of representation* de las *class actions* norteamericanas o de exigir el “certificado de clase”, pero sí de constituir la relación jurídico-procesal correctamente y, por tanto, confirmar que la asociación demandante (persona jurídica integrada, no se olvide, por consumidores individuales) resulta en efecto legitimada.

- Sin embargo, una vez cumplido tal requerimiento formal, la acción entablada irá en beneficio tanto de los perjudicados que sean miembros de la misma como de los que no lo son, sin que para que ello suceda sea preciso que se haya constituido con la mayoría de los perjudicados (como sucede en el caso en que éstos formen directamente el grupo, según veremos).

b) *Las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y usuarios.* En el caso de los daños colectivos a sujetos determinados o fácilmente determinables, junto a las asociaciones de consumidores (personas jurídicas tipificadas como tales en nuestro ordenamiento) y a los grupos de afectados (carentes de personalidad jurídica), el precepto legitima a estas otras entidades, no exentas de cierto “misterio” en su formulación legal, y acerca de las que cabe señalar lo siguiente:

- Deben venir constituidas “legalmente”, lo que necesariamente quiere decir que han de ostentar personalidad jurídica. Ello, ciertamente, podrá derivar de su condición de cooperativas de consumidores y usuarios del artículo 20.2 de la LGDCU, como ha señalado cierta doctrina⁵⁴⁵. Pero será mucho más frecuente, y más bien ahí parece residir la idea del legislador, que se trate de agrupaciones de afectados, constituidas legalmente⁵⁴⁶ conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo,

⁵⁴⁵ MARÍN LÓPEZ, *Indret*, 2001, pág. 8. El autor encuentra que “la dicción legal parece pensar en entidades constituidas *antes* del evento dañoso y *permanentemente* dedicadas a la protección de los consumidores y usuarios (y no en particular de los que han sufrido daños), y por eso acaba identificando estas entidades con las cooperativas de consumidores.

⁵⁴⁶ GARNICA MARTÍN, *La Ley*, 2001, pág. 7.

reguladora del derecho de asociación (LODA). Es decir, creadas *ad hoc* por quienes ya han sufrido un determinado daño y se agrupan precisamente para defender colectivamente sus intereses comunes u homogéneos. No se olvide que, en este artículo 11.2 nos encontramos con una acción contra los que hemos denominado daños colectivos, caracterizados precisamente por esa circunstancia de homogeneidad de perjuicios. De hecho, suelen encajarse en este modelo algunos de los ejemplos de nuestra historia judicial: los 35.000 afectados por la rotura de la presa de Tous se repartieron entre varias asociaciones constituidas legalmente; y buen número de los perjudicados por el llamado “caso del aceite de colza” hicieron lo propio. En contra de alguna opinión doctrinal, no vemos que de la dicción legal se desprenda que tales entidades necesariamente hayan tenido que ser constituidas antes de producirse el daño ni que forzosamente hayan de dedicarse de manera permanente a la protección de los consumidores y usuarios, pues si fuera así nada las distinguiría de las asociaciones de consumidores y usuarios a las que se refiere separadamente el precepto. Ninguna precisión adicional exige el texto la norma respecto de tales entidades, más que su constitución legal, o sea, con arreglo a la citada LODA. Podemos denominarlas, entonces, entidades legalmente creadas *ad hoc* para el ejercicio de la acción.

- Tampoco parece necesario aquí que esa entidad agrupe o represente a la mayoría de los afectados por el daño. En primer lugar, porque nada exige el artículo 11.2 en este aspecto. Y además, porque cuando la norma lo requiere, respecto de los grupos de afectados sin personalidad jurídica, lo hace no ya como presupuesto de la propia legitimación, sino como presupuesto que viene a suplir precisamente esa falta de personalidad jurídica y justifica algo tan excepcional como legitimar en calidad de parte a un ente que carece de ésta⁵⁴⁷.

c) *Los propios grupos (formados por la mayoría) de afectados.* En las acciones contra daños colectivos, junto a las asociaciones de consumidores y a las mencionadas *ad hoc*, el artículo 11.2 de la LEC legitima también a los grupos de afectados que, se entiende, y a diferencia de todos aquéllos, carecen de personalidad jurídica. Ello supondría, claro está, una grave irregularidad conforme a las reglas generales de nuestro ordenamiento jurídico, si no fuera porque la propia LEC, concretamente, el artículo 6.1.7º LEC, confiere a esos grupos capacidad procesal o “para ser parte”. En efecto, este precepto posibilita como parte en los procesos seguidos ante los tribunales civiles a “los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables”, incluso aunque dichos grupos no estén constituidos como auténticas personas jurídicas (asociaciones). El supuesto resulta de enorme interés, constituye una de las mayores novedades en materia de acciones colectivas, y las aproxima significativamente a las *class actions* norteamericanas, pues ese grupo constituye verdaderamente una *clase*. Pero también es conveniente reconocer que entraña no pocas dificultades y problemas, que brevemente resumimos a continuación:

- La legitimación de los grupos de afectados está condicionada, en primer lugar, a que la acción colectiva reclame la indemnización de los que venimos llamando daños colectivos, y por tanto, al supuesto en el que dichos perjudicados están determinados o resulten de fácil determinación. Se ha destacado la dificultad que puede entrañar la acreditación de tal exigencia, que ciertamente puede depender de circunstancias

⁵⁴⁷ *Idem.*

múltiples y es susceptible de variar a lo largo del proceso, de manera que puedan sucesivamente aparecer nuevos dañados aún no debidamente identificados⁵⁴⁸. La concurrencia de tal requisito constituye un presupuesto legal para la atribución de tan extraordinaria legitimación a un ente sin personalidad jurídica. Y en consecuencia, por más que algunos autores se lamenten de la falta de control judicial *a limine* respecto de la viabilidad de la acción colectiva, entiendo que con arreglo al artículo 9 de la LEC el tribunal puede apreciar de oficio la falta de capacidad para ser parte o de capacidad procesal en cualquier momento del proceso; y si considera que los integrantes del grupo no resultan determinados o son de difícil determinación, igual que si no concurre la mayoría de los afectados, deberá rechazar de plano la legitimación activa pues la capacidad resulta algo previo. Máxime, cuando el propio artículo 11.3 establece una regla de legitimación activa diferente, precisamente para esos supuestos en que los afectados no están determinados o resultan de difícil determinación. En otras palabras, cuando concurra tal circunstancia de indeterminación, el grupo de afectados carecerá de legitimación, y sólo podrá entablar la acción colectiva una asociación de consumidores de carácter exponencial o representativa.

- En segundo lugar, y a diferencia de lo que sucede con las asociaciones y las entidades constituidas legalmente *ad hoc*, en el caso de los grupos de afectados la norma exige que los mismos se constituyan “con la mayoría de los afectados”, lo que ciertamente entraña importantes dificultades jurídicas. Como hemos explicado anteriormente, y con independencia de las valoraciones críticas que ello pueda merecer⁵⁴⁹, lo cierto es que nuestro legislador no exige ningún requisito numérico para la constitución del grupo, a diferencia de lo que sucede en los EEUU; cuestión diferente es que, para poder hablar de “grupo”, sea necesaria una razonable pluralidad de afectados. Y que, eso sí, venga constituido por la mayoría de los mismos. El problema fundamental es determinar qué se entiende por mayoría a estos efectos, extremo que no aclara la norma, y que tendrá especial dificultad cuando se trate de perjudicados no determinados (aunque resulten de fácil determinación), pues el concepto de mayoría alude siempre a una proporción, que nunca podrá establecerse cuando se desconozca uno de sus dos términos (el número de la totalidad de los perjudicados). Se ha señalado además, con razón, que el número de componentes del grupo es un elemento con una clara tendencia a la mutabilidad, de suerte que lo que en un momento determinado es “mayoría”, puede dejar de serlo en otro⁵⁵⁰.

- Pese a todas esas dificultades, y en relación con los dos requisitos que hemos mencionado (determinación de los afectados y constitución del grupo con la mayoría de los mismos), no cabe olvidar que la propia LEC nos brinda un instrumento enormemente eficaz a la hora de concretar la identidad de los integrantes del grupo de afectados, y de constituir el mismo con la requerida mayoría. Así, el artículo 256.1.6º contempla la posibilidad de instar un procedimiento de diligencias preliminares dirigido a esa finalidad concreta, cuando los afectados, no estando determinados, sean fácilmente determinables. En cuyo caso, el tribunal puede adoptar las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo con las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante. Y entre ellos, muy especialmente, el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación, porque en

⁵⁴⁸ MARIN LOPEZ, J.J., *Indret*, 2001, pág. 7.

⁵⁴⁹ GARNICA MARTÍN, *La Ley*, 2001, pág. 8.

⁵⁵⁰ REGLERO CAMPOS, F., *Tratado...*, pág. 171.

efecto será a menudo dicho demandado quien se encuentre en mejores condiciones de aportar los datos necesarios para aquella identificación: contratos celebrados, recibos o listas de facturación, referencias numéricas de fabricación en el caso de productos defectuosos, etc. Debe tenerse en cuenta, eso sí, que tales diligencias preliminares son un instrumento al servicio del demandante a la hora de constituir el grupo de afectados, pero en ningún caso constituyen o pueden convertirse en un control judicial previo respecto de la adecuada formación del grupo.

- También puede resultar problemática la representación de ese grupo que, no olvidemos, carece de personalidad jurídica, y por tanto en principio carece de representante legal o voluntario. A este respecto, el artículo 7.7 de la LEC señala que comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros. También aquí se ha lamentado nuestra doctrina de la falta de control judicial en relación con las amplísimas facultades que, a lo largo del proceso, puede desplegar ese “representante”. Y también con las cautelas que deban adoptarse en materia de costas, desistimiento, transacción, renuncia de derechos.

5.5.3.3.- Legitimación para interponer la acción contra daños difusos. La representatividad de la asociación.

Cuando los perjudicados por el hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación activa resulta mucho más restrictiva, de manera que según el artículo 11.3 de la LEC exclusivamente puede entablar la acción colectiva una asociación de consumidores y usuarios que, “conforme a la Ley”, sea representativa. En el caso de las acciones contra daños difusos, quedan excluidos de toda legitimación, por tanto, las entidades *ad hoc* constituidas legalmente, los grupos de afectados y las asociaciones de consumidores que no reúnan el requisito de representatividad. Y es justo que así lo establezca el legislador: la especial naturaleza de los daños difusos, que hemos precisado anteriormente, obliga a restringir sumamente el círculo de legitimados para hacer valer su resarcimiento. Lo importante aquí ya no es la presencia, más o menos inmediata, de la mayoría de los afectados; sencillamente porque en este tipo de daños se puede afirmar que “los afectados somos todos”. Y en consecuencia es necesaria la adecuada representatividad de quien encarna esos intereses que, si no son generales, se aproximan mucho a éstos.

Llama la atención que el precepto aluda al concepto de representatividad “conforme a la Ley”, cuando lo cierto es que no existe ninguna norma legal que dé contenido al mismo. A la luz de la Exposición de Motivos de la LEC, parece como si el (optimista) legislador esperase una próxima y futura regulación legal de la materia, cuando afirma que “esta realidad (la de la tutela de intereses jurídicos colectivos), mencionada mediante la referencia a los consumidores y usuarios, recibe en esta Ley una respuesta tributaria e instrumental de lo que disponen y puedan disponer en el futuro las normas sustantivas acerca del punto, controvertido y difícil, de la concreta tutela que, a través de las aludidas entidades, se quiera otorgar a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en cuanto colectividades”. No obstante, esa falta de previsión legal del contenido de la representatividad de la asociación, que bien podía haberse contemplado en la ya mencionada LODA, no puede privar de eficacia a las acciones contra daños difusos del artículo 11.3 de la LEC, sin perjuicio de que, entre tanto, sean los tribunales de justicia quienes vengan dotando de contenido material a ese concepto.

Es más, la noción de representatividad tampoco puede considerarse un concepto jurídico indeterminado ni absolutamente exótico a nuestro ordenamiento jurídico. Así, dentro del Derecho sindical, la figura del sindicato más representativo es una institución consolidada (artículo 6 de la LOLS)⁵⁵¹; y el artículo 6.2 del R.D. 825/1990, de 22 de junio, sobre derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones, establece determinados criterios para otorgar representación a las asociaciones en el Consejo de consumidores y usuarios. Atendiendo a todo ello, y al sentido común, parece aceptable un control de representatividad que se fije en la implantación de la asociación en el territorio donde se hayan manifestado los efectos del daño difuso, su número de asociados, la intensidad de su actuación en la promoción de los fines estatutarios, etc.

En este sentido, parece bastante razonable el criterio que vienen aplicando los tribunales de justicia, cuando señalan que “aunque ni la LEC ni ninguna otra dan un concepto de representatividad, parece lógico que tal noción vaya unida al número de asociados que se tiene dentro del ámbito en el cual se pretende ejercer la acción, de modo que el mismo pueda considerarse como suficientemente significativo o relevante”⁵⁵². Así, por ejemplo, si una acción colectiva pretende producir efectos en el ámbito nacional, no pueden cumplir el requisito de representatividad una asociación de consumidores que tenga limitado su ámbito de actuación a una determinada comunidad autónoma.

5.5.4.- Publicidad, llamamiento e intervención de los perjudicados

Con la evidente finalidad de que la acción colectiva alcance tanto en su desarrollo procesal como en sus consecuencias al mayor número de intereses que aparezcan relacionados con un mismo hecho dañoso, el artículo 15 de la LEC establece todo un sistema de publicidad y comunicación de las demandas colectivas, y de llamamiento a los posibles afectados por éstas. Se trata, sin duda, de facilitar la intervención en el proceso de los individuos que integran la clase, como seguidamente veremos; o, como dice la norma, de que todos los perjudicados “hagan valer su derecho o interés individual”. El sistema resulta ciertamente enrevesado, y no exento de algunas contradicciones internas y disfunciones⁵⁵³, pero una adecuada interpretación del texto indica que pasa por las siguientes fases:

5.5.4.1.- Publicidad

Como regla general aplicable a todos los procesos en los que se ejercite una acción colectiva, ya sea contra daños colectivos, ya contra daños difusos, el artículo 15.1 de la LEC obliga a publicar la admisión a trámite de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado el daño. Se trata, por tanto, de un trámite procesal que ha de llevarse a cabo de manera inmediata a la admisión a trámite de la demanda y no de un requisito de admisibilidad de la misma. Y tiene por finalidad el llamamiento al proceso de quienes tengan la

⁵⁵¹ Así lo recuerda FERRERES COMELLA, A.J., 2005, pág. 7, con cita de un trabajo inédito de MIERES MIERES.

⁵⁵² SAP Sevilla de 22 enero 2004 (AC 2004/406), que contempla la acción colectiva ejercitada por una federación de asociaciones de consumidores y usuarios en reclamación de los daños y perjuicios causados a los alumnos de una conocida franquicia de academias de enseñanza de idiomas.

⁵⁵³ REGLERO CAMPOS, F., *Tratado...*, pág. 172.

condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen a la acción, para que hagan valer su derecho o interés individual.

5.5.4.2.- Llamamiento

Ese llamamiento al proceso, sin embargo, reviste caracteres diferentes y peculiares según el tipo de acción colectiva ejercitada:

a) Si se trata de una acción de resarcimiento de daños colectivos del artículo 11.2 de la LEC, y con independencia de que una vez admitida a trámite la demanda ésta sea objeto de publicación, como quiera que por hipótesis los perjudicados están determinados o son de fácil determinación, el artículo 15.2 exige que el demandante o demandantes hayan comunicado *previamente* la presentación de la demanda a todos los interesados. Y en consecuencia, con la presentación de la demanda (y no después, entiendo) se deberá acreditar documentalmente haber efectuado dicha comunicación, so pena de inadmisión a trámite de aquélla. Se trata, sin duda, de un sistema de doble publicidad: primero se comunica la presentación de la demanda, y luego se publica su admisión a trámite; lo que tiene su explicación en esa determinación o fácil determinabilidad de los perjudicados, pues se trata de garantizar que todos ellos puedan hacer valer sus derechos individuales. Este llamamiento, eso sí, no suspende el curso del procedimiento.

b) Cuando, por el contrario, nos encontramos ante una acción de reparación de daños difusos del artículo 11.3 de la LEC, basta el llamamiento efectuado mediante la publicación de la admisión a trámite de la demanda. Por la propia naturaleza de los intereses difusos y por el carácter indeterminado o difícilmente determinable de los perjudicados, resultaría imposible la comunicación previa de la demanda; y en consecuencia, ha de ser suficiente tal sistema de publicidad. Sucede, sin embargo, que en este caso el llamamiento suspende el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará por el tribunal en cada caso, atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. Así lo establece el artículo 15.3 de la LEC.

5.5.4.3.- Intervención

Como regla general, el artículo 13.1 de la LEC establece la facultad de cualquier consumidor o usuario para intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquellos. Se trata de una norma general que permite la intervención adhesiva en el proceso de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, conocida doctrinalmente como *opt-in*, y que facilita a los perjudicados por el hecho dañoso objeto de la acción colectiva para hacer valer sus pretensiones individuales dentro del mismo procedimiento, sobre las cuales forzosamente tendrá que pronunciarse (adicionalmente) la sentencia, según la regla 3^a del artículo 221 de la LEC. Cuestión diferente es que tal intervención pueda venir sometida a reglas, plazos y requisitos que, por una parte, regulan los apartados 2 y 3 del referido artículo 13, y por otra, para el supuesto de acciones colectivas contra daños, una vez más son diferentes en función del tipo de acción ejercitada:

a) En la acción de clase contra daños colectivos del artículo 11.2 de la LEC, el perjudicado individual puede intervenir en el proceso en cualquier momento, aunque sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido al tiempo de la intervención (artículo 15.2 de la LEC). Ello concuerda, lógicamente, con la ausencia de efectos suspensivos del llamamiento en este tipo de acciones.

b) Por el contrario, en la acción colectiva contra daños difusos, a partir del llamamiento se produce la mencionada suspensión del proceso, durante cuyo período deberán personarse e intervenir todos aquellos perjudicados que lo deseen. Tras la reanudación del procedimiento, con arreglo al artículo 15.3 de la LEC no se admite ya la personación individual de consumidores o usuarios, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de la LEC, es decir, en fase de ejecución de sentencia. Esa inadmisión de ulteriores personaciones individuales sólo puede ser interpretada, incluso por razones sistemáticas, como la prohibición de una intervención adhesiva posterior al plazo de llamamiento, y en ningún caso como la proclamación de una litispendencia a todos los efectos⁵⁵⁴. Y desde luego, esta limitación temporal no contradice la regla general del artículo 13.1 de la LEC, sino que modera y adapta su eficacia a un supuesto concreto de acciones colectivas. Por otra parte, también resulta razonable y acorde con la naturaleza de la acción contra daños difusos, pues una facultad temporal ilimitada para la intervención adhesiva de cualesquiera interesados en este tipo de acción, y sometida a las reglas formales del artículo 13.2, podría acabar en una auténtica paralización del proceso; no por la vía de la suspensión del mismo, que no se produce ante la solicitud de intervención, pero sí por la avalancha ilimitada (por definición, lo es) de resoluciones judiciales para resolver tales solicitudes. Y, en último término, tampoco redonda en ninguna limitación de derechos pues, como el propio precepto recuerda, siempre quedan a salvo las facultades inherentes a la extensión de los efectos de la cosa juzgada, en fase de ejecución de la sentencia, que en las auténticas acciones contra daños difusos siempre acompañarán a tal resolución judicial.

Es muy significativo y constituye una peculiaridad muy importante de nuestro sistema de acciones colectivas contra daños, el que no se prevea legalmente ningún mecanismo de *opt-out*, es decir, la posibilidad y el procedimiento para que uno de los perjudicados por el hecho dañoso que da lugar a la acción colectiva, quede voluntariamente excluido de sus efectos, ya sea para reservarse el ejercicio individual de su acción, ya simplemente para que no le alcancen los efectos de la sentencia. A este problema nos referimos en el epígrafe 8.

5.6.- CONCURRENCIA DE ACCIONES COLECTIVAS Y ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Ya hemos visto cómo, en el caso de la acción contra daños colectivos del artículo 11.2, asociaciones de consumidores, entidades *ad hoc* y grupos de afectados están legitimados de manera indistinta y eventualmente concurrente, sin orden de prelación o jerarquía ni efecto excluyente de la presentación de la demanda por una de ellas, respecto de las demás. Y en el caso de los daños difusos del artículo 11.3 de la LEC, dada la relativa vaguedad de la noción de representatividad, tampoco es evitable la concurrencia o solapamiento entre varias asociaciones que gocen de tal representatividad. En consecuencia, es perfectamente posible la hipótesis de que dos o más legitimados, sean dos asociaciones, una asociación y un grupo de afectados, etc., formulen distintas acciones derivadas de un mismo hecho dañoso, en cuyo caso no existe previsión legal alguna que permita otorgar prioridad a la más antigua o primeramente presentada (en una suerte de aplicación del principio *prior tempore*,

⁵⁵⁴ En igual sentido y profusión de argumentos, CARRASCO-GONZÁLEZ, AC, 2001, pág. 28.

potior iure), a la de mayor importancia económica o cuantía, o a la que agrupe un mayor número de afectados.

Por ello, en tales supuestos, y ya que los distintos legitimados no hicieron uso de la facultad de acumular sus acciones (las que varios tienen contra uno, cuando existe un nexo entre ellas por razón del título o causa de pedir, del artículo 72 de la LEC), sólo cabrá acudir a la acumulación de procesos, que en este supuesto incluso fomenta el legislador, como veremos. Esta acumulación será factible siempre que se cumplan los requisitos de los artículos 76 y 77 de la LEC: sentencia susceptible de prejudicialidad, conexión entre los respectivos objetos procesales, riesgo de pronunciamientos contradictorios, incompatibles o excluyentes, identidad de tramitación, competencia del tribunal que conozca del proceso más antiguo y carácter derogable de la competencia territorial del tribunal que conozca del proceso más moderno. Por lo demás, si falta alguno de estos requisitos, ningún problema existe en la tramitación concurrente y separada de ambos procesos, de manera que la mencionada acumulación de procesos constituye una solución razonablemente aceptable para tales supuestos.

Es más, en los procedimientos incoados para la protección de los intereses difusos y colectivos de los consumidores y usuarios, si no es posible evitar la diversidad de procesos mediante la acumulación de acciones o la intervención provocada del artículo 15 LEC, no son de aplicación las restricciones que establece el artículo 78 LEC para la acumulación de procesos. Y lo que resulta más importante, como excepción a la regla general del artículo 75, según la cual la acumulación sólo puede acordarse a instancia de parte, en el supuesto de las acciones colectivas contra daños se puede decretar judicialmente incluso de oficio (artículo 78.4 LEC). De donde se deduce una actitud absolutamente proclive del legislador hacia dicha acumulación en este tipo de acciones.

5.7.- COORDINACIÓN ENTRE ACCIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS

La legitimación colectiva que contempla el artículo 11 de la LEC tampoco excluye, ni podía hacerlo a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE⁵⁵⁵, la facultad de ejercitar individualmente una acción de responsabilidad civil contractual o extracontractual, por parte de uno de los perjudicados, o de varios que decidan acumular sus acciones individuales conforme al artículo 72 de la LEC. Por ello, la absoluta compatibilidad entre acciones individuales y colectivas se proclama reiteradamente en la norma: cuando el artículo 11.1 legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas, lo hace “sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados”; y el párrafo 2º del artículo 13.1 posibilita, como vimos, la intervención de cualquier perjudicado (individualmente, se entiende) dentro de los procesos instados por las asociaciones y entidades legitimadas. Tal posicionamiento legislativo puede dar lugar, claro está, a la concurrencia entre acciones individuales y acciones colectivas todas ellas derivadas de un mismo hecho dañoso, lo que puede provocar algunos problemas de coordinación entre unas y otras. Las reglas para dirimirlos pueden resumirse en las siguientes:

1º) La explícita compatibilidad legal entre acciones colectivas e individuales hace que la preexistencia de una acción colectiva no pueda impedir, obstar u obstaculizar el ejercicio e íntegra tramitación de una acción individual posterior por

⁵⁵⁵ MARÍN LÓPEZ, J.J., *Indret*, 2001, pág. 6 y REGLERO CAMPOS, F., *Tratado...*, pág. 172.

cualquiera de los perjudicados. Es decir, no hay litispendencia entre la acción colectiva y la individual⁵⁵⁶.

2º) Por excepción a la regla anterior, cuando el perjudicado haya venido debidamente “representado” (ya se sabe, no en el sentido propio de la expresión) en la acción colectiva, la sentencia que en ésta se dicte sí producirá efectos de cosa juzgada respecto de ulteriores acciones individuales. De todas formas, este constituye uno de los mayores enigmas de nuestro sistema, pues el silencio legal acerca de ningún mecanismo de *opt-out* tal vez pudiera interpretarse como una opción legislativa contraria a tal facultad individual para el ejercicio posterior de la acción. Más bien parece, sin embargo, que todo debe girar en torno a la mencionada cuestión: si el perjudicado ya estuvo debidamente “representado” dentro de la clase, no podrá luego instar una nueva acción individual. Si, por el contrario, no vino debidamente integrado dentro de la *class*, no le alcanzarán los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en la acción colectiva.

3º) El ejercicio individual de la acción, cuando ya existe una previa acción de clase, siempre puede efectuarse por la vía de la intervención para la que faculta el artículo 13.1, párrafo 2º, de la LEC.

4º) Nada impide que, detectada la coexistencia de dos procesos seguidos a consecuencia de un mismo hecho dañoso, uno para la acción colectiva y otro para la individual, se produzca la acumulación de los mismos, bien a instancia de parte (artículo 75 de la LEC), bien de oficio (artículo 78.4 de la LEC). El que una de las acciones sea individual no obsta, a nuestro juicio, para aplicar la regla establecida en el último precepto citado. Y tampoco parece que sea obstáculo para dicha acumulación la circunstancia de que el proceso más antiguo sea el que ventila la acción individual.

5.8.- CONTENIDO Y EFECTOS DE LA SENTENCIA EN LA ACCIÓN COLECTIVA

Junto a la legitimación colectiva y difusa, la principal peculiaridad de las acciones de clase, que las convertía hasta hace poco tiempo en algo exótico a nuestro Derecho, es precisamente la extensión de los efectos de cosa juzgada a sujetos individuales que no fueron parte (en el sentido clásico de la expresión) dentro del proceso. De lo que se trata, precisamente, es de que “todos” los perjudicados y, por tanto, miembros de la clase, puedan beneficiarse de una sentencia condenatoria pronunciada en un procedimiento que se promovió de manera colectiva. Lo que, sin duda, constituye una revolucionaria novedad en nuestro ordenamiento jurídico, y la derogación parcial del principio de eficacia relativa de la cosa juzgada. Quizá ello explique las vacilaciones y defectos que exhibe nuestra vigente regulación de la materia, cuando desciende a disciplinar adecuadamente los detalles de esa extensión de efectos.

En cuanto al contenido de la sentencia dictada en la acción colectiva contra daños que aquí nos interesa⁵⁵⁷, el artículo 221 de la LEC establece tres reglas para el caso de que exista una pretensión de condena dineraria (que será lo habitual en las

⁵⁵⁶ MARÍN LÓPEZ, J.J., *Indret*, 2001, pág. 6.

⁵⁵⁷ La regla 2º del precepto no se refiere a una acción contra daños sino a las acciones inhibitorias, de las que me ocupé en otro lugar: LLAMAS POMBO, E., *Comentarios y jurisprudencia...*, págs. 366 y ss.

pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios), de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica:

a) Cuando ello sea posible, la sentencia determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

b) Cuando no sea posible efectuar tal determinación individual, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos para poder exigir el pago, y si es preciso, instar la ejecución de sentencia con arreglo a un procedimiento de ejecución especial que contempla el artículo 519 LEC, o intervenir en dicha ejecución si la instara la asociación demandante.

c) Si se hubiesen personado perjudicados individuales (se entiende que por la vía de la intervención o de la acumulación de procesos), la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

Tres reglas tan elementales aparentemente, están preñadas de lagunas y dificultades interpretativas que, en aras de la brevedad, podemos resumir en las siguientes:

1º) El primer problema reside en determinar el ámbito de aplicación de tales reglas. Y ello porque el mencionado artículo 221 de la LEC alude exclusivamente a “las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas *por asociaciones de consumidores y usuarios* con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley”. Lo que permitiría y ha permitido interpretar que quedan excluidos de su ámbito de aplicación las sentencias dictadas en procesos instados por entidades *ad hoc* y por grupos de afectados. Interpretación ésta que, según algunos, vendría avalada por los antecedentes legislativos del precepto⁵⁵⁸ y según otros, no parece razonable y sólo es consecuencia de las diversas modificaciones que se fueron introduciendo en esta materia en el curso del tránsito parlamentario de la Ley, y los desajustes que ello ha podido producir⁵⁵⁹. Me inclino más bien por esta última manera de ver las cosas, y no creo que pueda excluirse de la extensión de efectos de la cosa juzgada a las sentencias dictadas en acciones de clase promovidas por entidades *ad hoc* y por grupos de afectados, por los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, el hecho de que el texto vigente reproduzca una omisión que ya se encontraba en el Proyecto no quiere decir necesariamente que se trate de una exclusión consciente y querida. Puede perfectamente tratarse de una reiteración o mantenimiento del mismo error.

⁵⁵⁸ Explica MARÍN LÓPEZ, J.J., *Indret*, 2001, pág. 11 que la exclusión de las entidades *ad hoc* y de los grupos de afectados es consciente y querida, pues el artículo 223 del Proyecto de LEC, antecedente del actual artículo 221, ya se refería con claridad a las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios, con referencia a la legitimación concedida a tales asociaciones en el artículo 9.2 del Proyecto, que letitimaba a las entidades legalmente constituidas para la protección de consumidores y usuarios, pero el artículo 223 no se refería a las sentencias dictadas en procesos promovidos por tales entidades.

⁵⁵⁹ GARNICA MARTÍN, *La Ley*, 2001, pág. 16, donde además explica con detenimiento, acierto y agudeza el “accidentado trámite” parlamentario que siguió el precepto.

- b) En segundo lugar, el texto hace referencia genérica al artículo 11 de la LEC y no sólo al 11.3. Parece como si aludiera a la proclamación general de legitimación del artículo 11.1.
- c) Por otra parte, nada se opone a la aplicación analógica de la disciplina que establece el artículo 221 a los grupos de afectados, pues la identidad de razón del artículo 4.1 del CC resulta evidente.
- d) El contexto de la norma, la realidad social imperante y el espíritu y finalidad de aquélla, como criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del CC, obligan a considerar totalmente injustificada la exclusión de tales entidades y grupos de los efectos del precepto.
- e) Ciertamente, será en las acciones contra daños difusos (donde sólo se legitima a las asociaciones representativas) donde con mayor intensidad opere la segunda de las normas citadas y sea precisa la determinación de los datos, características y requisitos de los perjudicados. Pero en tales supuestos difícilmente podrá acudirse la primera norma, según la cual la sentencia ha de determinar individualmente los beneficiarios de la condena, lo que precisamente será más fácil en las acciones sobre daños colectivos, y muy especialmente cuando quien las insta es una entidad constituida legalmente por los propios perjudicados o un grupo de afectados.
- f) Cualquier otra interpretación, según la cual “las únicas acciones realmente interesantes para los consumidores y usuarios serán las promovidas por las asociaciones, no las iniciadas por los grupos de afectados o por las entidades”⁵⁶⁰ daría al traste con todo el esfuerzo legislativo efectuado para dar entrada en nuestro ordenamiento a las acciones de clase y, sin duda, resultaría contraria al efecto *ultra partes* de la sentencia previsto en el artículo 222.3, sin exclusión alguna, y al que seguidamente nos referimos.

2º) Tampoco parece que deba dudarse de que, en nuestro sistema de acciones de clase, la sentencia produce efectos de cosa juzgada *ultra partes* (o sea, en beneficio o perjuicio de los miembros de la clase no personados en el proceso), sin ninguna suerte de paliativo o matiz. En ocasiones se ha defendido un sistema de *res iudicata ultra partes in utilibus*, es decir, *secundum eventum litis*, es decir, sólo eficaz para el caso de sentencia condenatoria o estimatoria de la demanda. Sin embargo, ese modelo, que sí se ha adoptado en otros ordenamientos⁵⁶¹, no es el seguido por nuestra LEC, cuando en el

⁵⁶⁰ Así lo entiende MARÍN LÓPEZ, J.J., *Indret*, 2001, pág. 11. También REGLERO CAMPOS, F., *Tratado...*, pág. 174, parece inclinarse por esta interpretación, cuando afirma que cuando la acción se ejerce por entidades o grupos de afectados, los perjudicados que no hayan intervenido en el proceso no pueden aprovecharse de una sentencia condenatoria que ha declarado su derecho difuso, lo que, por otra parte, considera como un “grave” defecto de la regulación.

⁵⁶¹ Es el caso del Código brasileño de Defensa del Consumidor, cuyo artículo 103 establece que las sentencias dictadas en el ámbito de una acción en defensa colectiva de intereses individuales homogéneos “tendrán fuerza de cosa juzgada *erga omnes*, tan sólo en el caso de procedencia de lo pedido, para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores”.

artículo 222.3 extiende subjetivamente la cosa juzgada material “a los sujetos, *no litigantes*, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley”⁵⁶². Ello deja en mal lugar a aquellos perjudicados (y, por tanto, titulares del derecho a percibir una indemnización) que no fueron parte en el proceso, cuando la sentencia sea desestimatoria de la demanda, lo cual acaso vulneraría su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, y resultaría abiertamente contrario a la ya comentada compatibilidad entre las acciones e individuales y las colectivas. Por ello, tal vez deba interpretarse que el tenor del artículo 222.3 contiene un mero error gramatical, y no es propiamente el derecho *del perjudicado* a la indemnización el que fundamenta la legitimación de los sujetos colectivos en un proceso en el que no intervino⁵⁶³, y que, por tanto, la sentencia que ventila una acción colectiva no produce efecto de cosa juzgada respecto de las pretensiones indemnizatorias susceptibles de ser ejercitadas individualmente por los perjudicados⁵⁶⁴.

3º) Un tercer problema, estrechamente vinculado al anterior, es el derivado de la falta de previsión de un sistema de *opt-out* que permita a aquellos perjudicados que no deseen verse afectados por el resultado de la acción colectiva, renunciar o excluirse voluntariamente, mediante una expresa declaración de voluntad. Cabe interpretar que por la vía de la intervención adhesiva el individuo de la clase ya puede hacer valer sus pretensiones y argumentos, pero eso es justamente lo contrario (*opt-in*), salvo que se siga el tortuoso y enrevesado camino de personarse mediante aquella intervención para luego desistir de la pretensión indemnizatoria, forzando un pronunciamiento judicial excluyente conforme a la regla 3ª del artículo 221. De hecho, la falta de un mecanismo *opt-out* ha llegado incluso a provocar que se cuestione la constitucionalidad del sistema de acciones de clase dispuesto en la LEC, dado el efecto *ultra partes* de la sentencia que no se limita a los supuestos de sentencia estimatoria (*in utilibus*). En el caso de las acciones instadas por entidades *ad hoc* y por grupos de afectados no vemos que pueda afectarse gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva, por la falta de previsión de un mecanismo *opt-out*. En el caso de las acciones instadas por asociaciones de consumidores, quizá sea aceptable la conclusión de que tal constitucionalidad es soportable si la acción de clase (1º) es iniciada por una asociación de consumidores y usuarios suficientemente representativa; (2º) se sustenta sobre unos hechos que tienen tal grado de identidad entre los casos individuales de la multitud de consumidores y usuarios indeterminados representados, que se puede razonablemente presumir que las alegaciones y fundamentación jurídica esgrimidas por todos y cada uno de los consumidores y usuarios representados habrían sido coincidentes con las esgrimidas por la asociación; y (3º) se refiere a consumidores y usuarios realmente indeterminados o de difícil determinación⁵⁶⁵.

4º) Las reglas del artículo 221 señalan implícitamente que, junto al pronunciamiento de condena en relación con la indemnización (si es de carácter absolutorio o desestimatorio de la demanda, nada cabe añadir), la sentencia tiene que manifestarse razonadamente acerca del alcance subjetivo de la sentencia, es decir, de la

⁵⁶² La referencia al artículo 11 remitía inicialmente al artículo 10, y fue objeto de la oportuna corrección de errores de la LEC publicada en el BOE de 14 abril 2000.

⁵⁶³ Así lo han entendido CARRASCO-GONZÁLEZ, AC, 2001, pág. 30.

⁵⁶⁴ MARÍN LÓPEZ, J.J., *Indret*, 2001, pág. 13.

⁵⁶⁵ FERRERES COMELLA, A.J., 2005, pág. 7, con cita de un trabajo inédito de MIERES MIERES.

determinación o indeterminación de los perjudicados acreedores a la indemnización. En el primer caso, habrá de identificar nominalmente a los perjudicados y establecer la cuantía indemnizatoria que corresponde a cada uno de ellos; la hipótesis de partida, que es la determinación individual así lo permite, y nada justificaría otra posición. Esa determinabilidad individual puede producirse, por ejemplo, en la acción ejercitada por una entidad constituida *ad hoc* o en el grupo de afectados, o en los casos de intervención individual de algunos afectados. Sin embargo, cuando ello no sea posible, o sea, en todos los supuestos de daños difusos y en algunos de daños colectivos, la sentencia así lo declarará y establecerá las bases o criterios que facultarán para instar o intervenir en la ejecución de sentencia, de la que nos ocupamos seguidamente. Esa imposibilidad de determinación individual habrá de venir referida al momento de dictar sentencia, pues no hace sino deferirse a la fase de ejecución.

5.9.- EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

En la primera hipótesis contemplada por el artículo 221 de la LEC en relación con el contenido de la sentencia, es decir, cuando el fallo de la misma determine individualmente los sujetos acreedores a la indemnización, cualquiera de estos podrá instar directamente la oportuna ejecución de títulos judiciales de condena dineraria, conforme a los artículos 517.2.1º, 538 y ss., y 571 y ss. de la LEC, sin mayores peculiaridades.

Sin embargo, cuando la sentencia no haya realizado dicha determinación individual, sino que haya fijado los “datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago” (párrafo 2º de la regla 1ª del artículo 221), es precisamente dentro del trámite de ejecución de sentencia donde se efectuará la individualización de los perjudicados, a cuyo fin se establecen las reglas contenidas en el artículo 519 de la LEC que son absolutamente indispensables para hacer real la eficacia *ultra partes* de la sentencia condenatoria. Básicamente, se trata de un trámite preliminar a todo acto ejecutivo, mediante el cual aquellos sujetos que no fueron litigantes pero miembros de la clase de perjudicados beneficiaria de la sentencia condenatoria, constatan judicialmente su pertenencia a la *class*, y obtienen el verdadero título ejecutivo. Dicho título consiste en el testimonio de un Auto en el que el tribunal competente para ejecutar la sentencia resuelve si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Y ese testimonio legitima tanto para instar la ejecución *ab initio* o para intervenir en una previa ejecución instada por otros perjudicados o por la propia entidad que entabló la acción, pues así lo reconoce implícitamente el artículo 221, regla 1ª de la LEC.

5.10.- CONCLUSIONES

1º) Las acciones colectivas son aquellas que no se ejercitan en defensa de los intereses “particulares” de un individuo, sino de los llamados “intereses difusos” o de los “intereses colectivos”. Protegen dichos intereses cuando resulta inviable el ejercicio de una acción individual, y existe una “identidad fáctica”, de manera que existan cuestiones de Derecho o de hecho comunes a los miembros de la *class*, que resulten más relevantes que las circunstancias particulares de cada uno de ellos. Esa inviabilidad de las acciones individuales contra los daños colectivos y difusos, que obedece a toda clase de motivos jurídicos, económicos y sociales, se supera mediante las acciones colectivas, caracterizadas por dos notas fundamentales:

- Ampliación de la legitimación activa, para dar entrada en la misma a determinadas entidades, corporaciones o asociaciones que “representen” tales intereses colectivos o difusos y los defiendan en juicio.

- Extensión de los efectos de cosa juzgada para ampliar la eficacia de la sentencia a todos los sujetos y situaciones que, de forma determinada o determinable, queden dentro de la categoría de los intereses objeto del pleito, sin necesidad, por tanto, de haber sido parte en el mismo.

2º) Tras algunos tímidos precedentes legislativos, y algún pronunciamiento jurisprudencial revolucionario, la consagración definitiva de las acciones colectivas en nuestro ordenamiento se ha producido a partir de la LEC, que regula lo relativo a los problemas de legitimación (artículo 11), la capacidad para ser parte (artículo 6.1.7º), la capacidad procesal (artículo 7.6), la publicidad e intervención en el proceso (artículo 15), las diligencias preliminares dirigidas a la adecuada conformación de los grupos (artículo 256.1.7º), el contenido de la sentencia (artículo 221), sus efectos (artículo 222.3) y ejecución (artículo 519).

3º) Con arreglo al criterio legal del artículo 11 de la LEC:

- Se consideran intereses *colectivos* los de aquel grupo de perjudicados por un hecho dañoso, cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables. Esa determinación o fácil determinabilidad de los miembros del grupo deriva precisamente de su calidad de intereses “individuales homogéneos”
- Se identifican los intereses *difusos* con los de aquella pluralidad de perjudicados por un hecho dañoso, indeterminada o de difícil determinación. Lo que se desprende de que tales intereses son referibles al sujeto no como individuo sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, no se identifican con ningún derecho subjetivo individual o particular, sino con determinados bienes comunes.

4º) Según esta interpretación, puede afirmarse que las acciones colectivas son viables tanto frente a daños difusos (o “propriamente colectivos”, en la denominación de cierta doctrina), de difícil o imposible individualización, como frente a los daños colectivos, en cuanto que afectan a una pluralidad de sujetos, que son fácilmente individualizables.

5º) Dentro de la amplia tipología de acciones colectivas que contempla nuestro ordenamiento (de cesación, declarativas, de retractación, etc.) nos fijamos aquí en las de carácter resarcitorio o indemnizatorio y no en las de naturaleza inhibitoria. Dichas acciones reparatorias han sido tradicionalmente, por lo demás, la esencia de las *class actions*.

6º) Una acción colectiva contra daños debe reunir los siguientes requisitos, conforme a nuestro Derecho positivo:

- 1) Debe existir un daño colectivo o difuso, lo que, a su vez, precisa:
 - a) Unidad del hecho dañoso, aunque no estrictamente identidad fáctica, al modo de la *commonality* norteamericana. El origen del daño ha de ser unívoco en relación con los distintos perjudicados; pero en absoluto se requiere de forma explícita

- una identidad fáctica, ni se prevé, por tanto, ningún mecanismo procesal para su fiscalización.
- b) Pluralidad de afectados, aunque no se contempla en nuestro Derecho ningún requisito adicional en cuanto al carácter “numeroso” del grupo.
 - c) Lesión de intereses colectivos o lesión de intereses difusos
- 2) Cualidad de consumidor en los perjudicados. Existen importantes argumentos que permiten propugnar una interpretación sumamente flexible de tal exigencia legal, pues no es posible aplicarla de otro modo ni atribuir al juez la obligación de indagar caso por caso la concurrencia de los requisitos legales, en relación con sujetos que, en ocasiones por definición, resultan indeterminados o de difícil determinación.
- 3) Legitimación activa
- a) En la acción contra daños colectivos, se atribuye indistintamente a:
 - Asociaciones de consumidores y usuarios, sin que en este caso se requiera ninguna cualidad exponencial o de representatividad adicional. Es preciso, eso sí, que al menos uno de sus miembros ostente la condición de perjudicado determinado o fácilmente determinable
 - Entidades legalmente constituidas *ad hoc* para defender colectivamente los intereses comunes u homogéneos de los perjudicados.
 - Grupos de afectados, carentes de personalidad jurídica, que han de venir formados por la mayoría de éstos, quienes además, por tratarse de daños colectivos, han de estar determinados o ser fácilmente determinables, lo que ha de comprobarse *a limine*. Para cumplir ambos requisitos, puede resultar de enorme utilidad el instrumento de las diligencias preliminares. En estos casos, comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.
 - b) En la acción contra daños difusos, se legitima exclusivamente a una asociación de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sea representativa, lo que hoy sólo podemos referir a la figura del sindicato más representativo, al R.D. 825/1990, de 22 de junio, sobre derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones, y a la experiencia jurisprudencial. Parece aceptable un control de representatividad que se fije en la implantación de la asociación en el territorio donde se hayan manifestado los efectos del daño difuso, su número de asociados, la intensidad de su actuación en la promoción de los fines estatutarios, etc.

- 7^a) Adicionalmente a tales requisitos, la Ley contempla un sistema que garantiza:
- a) La publicidad de la admisión a trámite de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado el daño.

- b) El llamamiento al proceso de quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen a la acción, para que hagan valer su derecho o interés individual. Tiene carácter diferente según el tipo de acción:
 - Si es contra daños colectivos, es necesaria una comunicación previa del demandante o demandantes a todos los interesados.
 - Si es contra daños difusos, basta el llamamiento mediante la publicidad de la demanda.
- c) La intervención adhesiva (*opt-in*) en el proceso de cualquier consumidor o usuario, para hacer valer sus pretensiones individuales dentro del mismo, sobre las cuales forzosamente tendrá que pronunciarse (adicionalmente) la sentencia:
 - En la acción contra daños colectivos, puede hacerlo en cualquier momento.
 - En la acción contra daños difusos, a partir del llamamiento se produce la suspensión del proceso, durante un período en el deberán personarse e intervenir todos aquellos perjudicados que lo deseen. Tras la reanudación del procedimiento, no se admite ya la personación individual de consumidores o usuarios, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses en fase de ejecución de sentencia.

8^a) Es muy significativo y constituye una peculiaridad muy importante de nuestro sistema de acciones colectivas contra daños, el que no se prevea legalmente ningún mecanismo de *opt-out*, es decir, la posibilidad y el procedimiento para que uno de los perjudicados por el hecho dañoso que da lugar a la acción colectiva, quede voluntariamente excluido de sus efectos, ya sea para reservarse el ejercicio individual de su acción, ya simplemente para que no le alcancen los efectos de la sentencia. Ello ha llegado incluso a provocar que se cuestione la constitucionalidad del sistema de acciones de clase dispuesto en la LEC, dado el efecto *ultra partes* de la sentencia que no se limita a los supuestos de sentencia estimatoria (*in utilibus*).

9^a) Nuestra legislación favorece abiertamente la acumulación de los distintos procesos que se inicien con motivo de daños colectivos o difusos.

10^a) La explícita compatibilidad legal entre acciones colectivas e individuales hace que la preexistencia de una acción colectiva no pueda impedir, obstar u obstaculizar el ejercicio e íntegra tramitación de una acción individual posterior por cualquiera de los perjudicados. Es decir, no hay litispendencia entre la acción colectiva y la individual. Por excepción, cuando el perjudicado haya venido debidamente “representado” en la acción colectiva, la sentencia que en ésta se dicte sí producirá efectos de cosa juzgada respecto de ulteriores acciones individuales.

11^a) La sentencia dictada en toda acción colectiva contra daños:

- a) Determinará individualmente, si es posible, los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiados por la condena.
- b) Cuando ello no sea posible establecerá los datos, características y requisitos para poder exigir el pago, y si es preciso, instar o intervenir en la ejecución de sentencia, donde existe un trámite *ad hoc* para constatar judicialmente la pertenencia a la *class*, y obtener el título ejecutivo.

c) Si se hubiesen personado perjudicados individuales, se pronunciará expresamente sobre sus pretensiones.

d) Producirá efectos de cosa juzgada *ultra partes* (o sea, en beneficio o perjuicio de los miembros de la clase no personados en el proceso), sin ninguna suerte de paliativo o matiz.

6.- CULPA MÉDICA Y RESPONSABILIDAD CIVIL⁵⁶⁶

6.1.- EL SUPUESTO GENERAL: RESPONSABILIDAD MÉDICA BASADA EN LA CULPA

6.1.1.- Identificación del problema

No hace mucho tiempo he destacado⁵⁶⁷ la enorme abundancia de cuestiones y problemas con los que, en materia de responsabilidad civil del médico, la sociedad de los últimos diez años ha venido acuciando a nuestros tribunales⁵⁶⁸. En este aspecto, la vertiente médica de la responsabilidad profesional no es ajena a lo que viene sucediendo con todo el moderno Derecho de Daños. Sigue, sin embargo, que la llegada de los litigios relativos a la responsabilidad civil sanitaria ha sido, por así decirlo, más tardía y repentina, y menos paulatina. Y tal vez por ese motivo, ha gozado de una mayor notoriedad, a la que no son ajenas tampoco la preocupación social y la espectacularidad mediática que suelen acompañar a los daños derivados de la actividad médico-sanitaria y hospitalaria.

Pero de todas las cuestiones, la que sin duda mayores quebraderos de cabeza ha provocado a nuestros tribunales civiles, con la Sala Primera del Tribunal Supremo como

⁵⁶⁶ El presente capítulo fue publicado en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, II-2002, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2002.

⁵⁶⁷ LLAMAS POMBO, E., *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J.A. Moreno, Dikinson, Madrid, 2000, págs. 299 y ss.

⁵⁶⁸ Inmediatamente antes de la “eclosión jurisprudencial” -permítase la expresión- de la responsabilidad médica, en la doctrina ya se habían entrevisto tales problemas, y se habían venido apuntando algunas posibles soluciones a los mismos.

Así, por referirnos sólo a la bibliografía española, toda la tercera parte de mi *Responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, págs. 248 a 430, se dedicaba al examen de tales cuestiones. En sentido similar, y por aquellos años, FERNANDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1983; SANTOS BRIZ, “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”, *RDP*, Julio-Agosto 1984; JORDANO FRAGA, “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico”, en *R.G.L.J.*, 1985, nº1; ATAZ LOPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985; FERNÁNDEZ COSTALES, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, La Ley, Madrid, 1987; YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.

A dichos trabajos, todos ellos publicados en la década de los ochenta, vinieron a sumarse después los de GONZALEZ MORAN, *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990; CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y psiquiatría*, Colex, Madrid, 1990; DE ANGEL YAGÜEZ, “La responsabilidad civil de los profesionales y de las administraciones sanitarias”, *Actas del II Congreso Derecho y Salud*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1994; *idem*, “La responsabilidad civil del acto médico”, en *II Congreso de Valoración del Daño Corporal*, Bilbao, 1993; MUÑOZ MACHADO, “Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la administración sanitaria (algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)”, en *Responsabilidad del personal sanitario. Actas del Seminario Conjunto sobre Responsabilidad del Personal Sanitario*, CGPJ-Ministerio Santidad, Madrid, 1995; *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Cívitas, Madrid, 1999; DÍAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996, así como un sinfín de artículos y comentarios jurisprudenciales, cuya cita sería aquí interminable. Y ello siempre circunscribiéndonos a la doctrina española; en Francia e Italia, donde la literatura en materia de responsabilidad médica había irrumpido unos cinco o diez años antes, la década que ahora termina ha servido para consolidar algunos principios que hoy ya no ofrecen discusión.

primer exponente, ha sido encontrar un elemento de imputación que, como requisito inexcusable de toda responsabilidad civil, haga justicia y satisfaga a la vez los intereses en pugna del profesional de la medicina, y de la víctima de un daño⁵⁶⁹. Ciertamente, el dilema no es exclusivo de la responsabilidad médica, sino que sobre cualquier reclamación indemnizatoria planea siempre ese verdadero abismo que se abre entre el viejo dogma de la responsabilidad por culpa (no genuinamente aquiliano, en contra de lo que generalmente se cree), con prueba a cargo de la víctima, y la máxima objetivación de la responsabilidad por riesgo, sólo predicada con verdadera plenitud en el ejercicio de ciertas actividades, y por expreso y contundente imperativo legal. Como igualmente ya he señalado, el problema no ha encontrado, pese a su grave importancia, un tratamiento unívoco en la jurisprudencia. Parece como si nuestro Tribunal Supremo llevase medio siglo debatiéndose en una dialéctica irresoluble, en un dilema fatal, entre la letra de los artículos 1101 y 1902 del Código civil, textualmente aferrada al secular esquema culpabilista, y el espíritu forjado por una sociedad mucho más sensible a los intereses de las víctimas y mucho más expuesta a los riesgos y los daños, y por ello, abiertamente proclive a modelos objetivos de responsabilidad. Sin embargo, no todo es incertidumbre y vacilación, y en los últimos años se han venido consolidando unos criterios suficientemente claros (aunque no exentos de excepciones y matices) que permiten realizar la imputación subjetiva de un daño determinado. Y, sobre todo, de establecer un sistema de reparto de la carga de la prueba acerca de los hechos en los que se sustenta esa imputación.

6.1.2.- El contexto general del problema

Es bien conocida la evolución que ha sufrido nuestro sistema de responsabilidad civil en el último tercio de siglo, lo que nos exime aquí de describirla con minuciosidad. Baste recordar que nuestra jurisprudencia ha venido realizando un significativo esfuerzo dirigido a conjugar el texto absolutamente culpabilista de nuestro Código civil, con el espíritu de las corrientes favorables a los criterios objetivos de imputación subjetiva. Ello lleva a De Angel a señalar que hay una “tendencia de la jurisprudencia a orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales -basados en la doctrina de la culpa- por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañinos”⁵⁷⁰; Díez Picazo alude a una verdadera “deformación de la noción de culpa civil”, según la cual nuestra responsabilidad es teóricamente por culpa, y prácticamente objetiva⁵⁷¹; y Rogel Vide habla simplemente de “expedientes jurisprudenciales paliativos” del principio de responsabilidad por culpa⁵⁷². En la doctrina francesa, con agudeza y mayor profundidad ha señalado Yvonne Lambert-Faivre⁵⁷³ que el eje de la

⁵⁶⁹ A decir verdad, esto no es nuevo. Basta comparar, para comprobarlo, el texto de Platón según el cual “un médico debe estar libre de todo castigo, ya que alguien es curado por el médico, pero muere por sí mismo”, con el Código de Hammurabi (2394 aC), que aplicando la Ley del Talión, ordenaba cortar las manos o dar muerte al médico que incurriera en error. *Vid. LLAMAS POMBO, La responsabilidad..., cit.*, págs. 6 y 8.

⁵⁷⁰ DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Cívitas-U.D., Madrid, 1993, págs. 56 y 128 y ss. En dicho lugar, y concretamente a lo largo de la nota 21, el prestigioso profesor contempla un buen resumen de la bibliografía española a propósito del fenómeno al que nos referimos.

⁵⁷¹ DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, v.I, Madrid, 1973, págs. 27-28 y 693-708.

⁵⁷² ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, págs. 92-110. Entre dichos “expedientes”, contempla los siguientes: 1) Mayor rigor en la aplicación e interpretación del artículo 1104 del Código civil; 2) insuficiencia del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias; 3) principio de expansión en la apreciación de la prueba en beneficio del más débil; y 4) presunción *iuris tantum* de la culpa del agente.

⁵⁷³ LAMBERT-FAIVRE, Y., “L'évolution de la responsabilité civil d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation”, en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1987, págs. 1 y ss. Existe una buena

responsabilidad civil ya no es el “sujeto responsable”, sino el “objeto” de la responsabilidad, o sea, la reparación del daño. En otras palabras, el sistema evoluciona desde un Derecho de daños que giraba en torno a la deuda de responsabilidad, hacia otro que lo hace alrededor del crédito indemnizatorio.

En efecto, suelo afirmar, plásticamente, que en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de operaciones de la responsabilidad civil: el “primer actor” ya no es (como en el artículo 1902 del Código civil) “el que causa daño a otro”, ni tampoco (como en el artículo 1101) “los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad...”, sino precisamente ese “otro” que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que “todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado”, o algo parecido. Así, lo relevante hoy no es la antijurididad (a veces inexistente) de la conducta que causa el daño, sino la antijuricidad del daño mismo. Y por eso, cabe hablar de un (relativamente nuevo) principio general de nuestro Derecho, que podría formularse como el *favor victimae* o principio *pro damnato*⁵⁷⁴ que, en palabras de Díez-Picazo, encierra una regla general por la que “todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”⁵⁷⁵.

En la práctica, es sabido que todas esas ideas han encontrado una doble vía de influencia: por una parte, han propiciado la paulatina aparición de un buen número de leyes especiales, que consagran la responsabilidad objetiva de quienes causan daños como consecuencia del ejercicio de otras tantas actividades particularmente peligrosas; y, por otra, se han reflejado en unos cuantos cambios en la hermenéutica de los preceptos del Código civil, estableciendo unos criterios interpretativos que hoy son moneda de uso corriente en nuestra jurisprudencia y que pueden resumirse en los siguientes⁵⁷⁶:

traducción castellana de dicho trabajo, a cargo de Eliana A. Núñez, en ALTERINI-LOPEZ CABANA, *Derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992. En Italia, recoge una buena síntesis del fenómeno al que nos referimos VIOLANTE, A., *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Ed. Scient. It., Nápoles, 1999, especialmente todo su capítulo I.

⁵⁷⁴ En realidad, ese principio no es sino la concreta aplicación al dominio de la responsabilidad civil de otro más amplio, que erige a la defensa del débil (en sentido jurídico) en la preocupación esencial del Derecho moderno, por decirlo en palabras de JOSSERAND, en su conocido trabajo sobre “la protección de los débiles por el Derecho”. En relación con el llamado principio *favor debilis* en el Derecho moderno, y como evolución natural del viejo *favor debitoris*, cabe citar los trabajos de ALTERINI-LOPEZ CABANA, “La debilidad jurídica en la contratación contemporánea”, en *Derecho de Daños*, cit., págs. 84 y ss.; LORENZETTI, *Las normas fundamentales del Derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995, págs. 98 y ss. Y acerca del mencionado principio *pro damnato*, por todos, puede verse DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, pág. 276; CAVANILLAS MUGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, pág. 66; ALTERINI, A.A., “La presunción legal de culpa como regla del *favor victimae*”, en *Responsabilidad por daños*, Libro Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; LORENZETTI, R. *Responsabilidad civil de los médicos*, t.II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, págs. 209 y ss.

⁵⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, “La responsabilidad civil hoy”, en A.D.C., 1979, pág. 732.

⁵⁷⁶ Por todos, puede verse CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil...*, cit., págs. 37 y ss.; y DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., págs. 127 y ss. Enumero en el texto muy

1º) Inversión de la carga de la prueba, a través de una suerte de presunción⁵⁷⁷ de que quien causa un daño lo hace negligentemente, y a él le corresponde desvirtuar tal presunción. Criterio que no aparece brusco e inopinadamente a partir de las famosas Sentencias del TS de 20 octubre 1963, 23 marzo 1968 y 11 marzo 1971⁵⁷⁸, sino que vino precedido por toda una corriente más modesta, que precisamente se basaba en el principio *pro damnato*, el cual, según la STS de 5 abril 1953, obligaba a incorporar el principio de *favor probationem* para aquellos casos de difícil prueba en beneficio del más débil.

2º) Expansión de la apreciación de la prueba, criterio que viene a conectar el principio de inversión que acabamos de mencionar con los problemas de causalidad. Ha sido formulado en los siguientes términos: “cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quien debe probar su propia diligencia”⁵⁷⁹.

3º) Elevación del nivel de diligencia exigible en el desarrollo de cualquier actividad, mediante una aplicación extremadamente rigurosa del artículo 1104 CC. Las “circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” obligan a desplegar una conducta mucho más cuidadosa que la “diligencia simple”, y por ello, para eximirse de responsabilidad civil ya no basta la diligencia propia del buen padre de familia, sino que es precisa la *diligentia diligentissimi*.

4º) Insuficiencia, a efectos de diligencia, del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que contemplan la obligación de tomar medidas de previsión y evitación de los daños. Si el perjuicio se ha producido, razona nuestra jurisprudencia, es que esas medidas eran insuficientes y, por tanto, incompleta la diligencia desplegada por quien causó el daño.

6.1.3.- Solución dispensada a la responsabilidad médica

Es preciso aceptar que, en cierto modo, la responsabilidad médica escapa al contexto general que acabo de describir, sin que ello signifique una verdadera “excepción”, como luego se indicará. La doctrina que ha venido manteniendo el Tribunal Supremo al respecto puede resumirse en dos ideas:

1º) Rechazo radical de la responsabilidad objetiva en la responsabilidad médica a partir de la STS 13 julio 1987⁵⁸⁰. Dicho de otro modo: la responsabilidad médica siempre ha de basarse en la existencia de una culpa, lo que excluye la aplicación del riesgo u otros elementos de imputación.

2º) La carga de la prueba se atribuye siempre a la víctima, en una rígida aplicación del principio que contemplaba el hoy inexplicablemente derogado artículo

someteramente estos fenómenos, que son hoy sobradamente conocidos, y que analizaba con mayor detenimiento en mi trabajo *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba, cit.*

⁵⁷⁷ Con mucha razón se ha dicho que, en realidad, no se trata de una verdadera presunción sino más bien de un mecanismo de imputación legal, que atribuye la obligación de reparar el daño a aquel que lo ha causado, salvo que por el mismo se demuestre haber actuado diligentemente. *Vid. ALTERINI, A.A., “La presunción legal...”, cit., págs. 195 y ss.*

⁵⁷⁸ Con independencia de que ya había alguna Sentencia precursora, como la de 26 febrero 1935, como ha puesto de relieve DE ANGEL YAGÜEZ, *loc. ult.cit.*

⁵⁷⁹ Seguimos nuevamente a DE ANGEL YAGÜEZ, *loc. cit.*

⁵⁸⁰ En palabras de la STS 7 febrero 1990: “en concreta relación con los profesionales sanitarios, queda descartada en su actuación profesional toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido subjetivo, como omisión a la diligencia exigible en cada caso”. La STS 11 marzo 1991 reconoce que esa objetivación es “admitida por esta Sala en daños de otro origen”, aunque rechaza la misma en la actividad médica.

1214 del CC, y ahora proclama en forma mucho más confusa y asistemática el artículo 217 LEC⁵⁸¹.

6.2.- EL ARGUMENTO DE BASE: LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

Tal posición se justifica por el TS⁵⁸² en la propia naturaleza de la relación que vincula al médico con el paciente. Relación que viene caracterizada por los siguientes rasgos distintivos:

6.2.1.- La especial relación de confianza médico-paciente

No se puede discutir que en la eficacia de toda actividad terapéutica influye de manera importante la relación de confianza médico-paciente⁵⁸³. En este sentido se ha dicho también que el "ministerio médico" implica una "presunción de confianza", lo que otorga al facultativo poderes excepcionales en una materia que interesa esencialmente a la persona, como es la salud e integridad física, lo que justifica ese prestigio (el antiguo "temor reverencial") que la sociedad profesa a sus médicos.

La confianza parece esencial en la relación médico-paciente, por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque cuando nos ponemos "en manos de" un médico, estamos barajando algo tan grave como la integridad física, la salud o, incluso la vida, y lo hacemos precisamente a causa de la propia ignorancia o ineptitud para controlar nuestra salud sin su ayuda; acudimos a esa autoridad que inspira confianza. Existe un segundo motivo en el orden del deber ser, que viene dado por los efectos psicológicos que en la curación de numerosas dolencias produce el saber que "un buen médico" se ocupa de nuestra enfermedad, y lo esperamos todo de su reconocida competencia profesional.

Pero ello tiene además otra lectura: la desigualdad en que se encuentran el médico (experto) y el paciente (profano). Desigualdad radical que también debe tener algún reflejo jurídico dentro del proceso donde se ventila la responsabilidad civil del primero, y muy especialmente en materia de prueba, como veremos.

6.2.2.- Carácter contractual

Resueltas hoy las viejas polémicas al respecto⁵⁸⁴, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia afirma el carácter contractual de la relación entre médico y paciente, principalmente a partir de 1936, momento en que la jurisprudencia francesa, tras un

⁵⁸¹ Las SSTS 16 octubre 1989 y 24 mayo 1990 (comentada agudamente por CABANILLAS SÁNCHEZ, "La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis* y la carga de la prueba", en A.D.C., 1991) entre otras muchas, afirman que "*en los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes profesionales o de la lex artis, no es de general aplicación la inversión de la carga de la prueba*". Y la mencionada de 11 marzo 1991 afirma que "*está a cargo del paciente la prueba de la relación de causalidad y de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico*". Criterio que sigue manteniendo años después en STS 16 diciembre 1997⁵⁸¹, precisando que "...el mecanismo de prueba de responsabilidad será al acorde con lo antes dicho a propósito de la (responsabilidad) contractual: el actor o paciente habrá de acreditar, no sólo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o *lex artis ad hoc*".

⁵⁸² SSTS 20 febrero y 4 noviembre 1992, entre otras que mencionamos a continuación.

⁵⁸³ En palabras de GITRAMA GONZÁLEZ, "el médico tiene la *auctoritas* que significaba garantía de ser veraz y estar en lo cierto), autoridad moral, de puro prestigio. De ahí lo persuasivo de su posición, de consumo autoritaria y balsámica, apta para lograr de su paciente un *insight* psicoterapéutico, una comprensión definitiva de su situación y de sus posibilidades de cura" ("En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho", A.D. C., 1977, pág. 27.

⁵⁸⁴ Una vez más, remito a mi *Responsabilidad civil del médico, cit., passim*.

cambio, en cierto modo radical, sentó este principio. En efecto, también la jurisprudencia italiana mantiene esta tesis, igual que la propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁵⁸⁵. De cualquier manera, y a pesar de que resulta una idea algo heterodoxa, se sigue la vía de la responsabilidad contractual, incluso aunque no sea del todo evidente la existencia de un contrato; pensemos que muchas veces es un miembro de la familia del enfermo, su empresario u otra persona allegada la que solicita los servicios del médico, o incluso, en los supuestos de ausencia de honorarios⁵⁸⁶, que constituyen la contraprestación correspondiente al sinalagma de ese contrato. Lo que no obsta para que puedan identificarse algunos supuestos de relación (y por ello, de responsabilidad) extracontractual⁵⁸⁷:

1. -Si un sujeto solicita la intervención de un médico -"intenta" el inicio de una relación contractual, podría decirse -, que se niega a actuar, con la consiguiente irrogación de un perjuicio para ese sujeto, la responsabilidad derivada de esa negativa deberá considerarse extracontractual sin género de dudas⁵⁸⁸. Ciertamente, el contrato nunca ha existido. No obstante, no siempre se genera una responsabilidad del médico cuando rechaza a un determinado paciente, sino que es necesario que se produzca un abandono de ese paciente para que el daño que éste sufre sea indemnizado.

2. -También debe considerarse indudablemente como supuesto de relación extracontractual, el del médico que atiende con carácter urgente a un sujeto que encuentra en la vía pública en estado de inconsciencia, víctima de un accidente o enfermedad repentinos.

3. -Otro supuesto en el que no puede hablarse de relación contractual médico-paciente, es el que se presenta cuando el médico ha contratado con una entidad, obligándose a atender a los pacientes que ésta señale. Cuestión diferente es que se aprecie la existencia de una responsabilidad contractual de la institución o entidad.

4. -Tratamiento similar recibe el caso del médico funcionario público o contratado al servicio de instituciones sanitarias dependientes de la Administración sanitaria, que en su condición de tal, ha de atender a los beneficiarios de prestaciones sanitarias públicas.

5. -Como es lógico, deberá acudirse a la responsabilidad aquiliana en los rasones de nulidad del contrato médico-paciente, por ejemplo por la ilicitud del objeto. Sin embargo, las hipótesis de vicios del consentimiento plantean ciertas dificultades. Parece correcto aceptar que en tales supuestos la responsabilidad sea contractual mientras no sea alegada la nulidad.

6. -Evidentemente, si el perjuicio por una actividad médica es un tercero, ajeno a la relación contractual, la responsabilidad del médico será de naturaleza extracontractual.

⁵⁸⁵ Así, desde las SSTS 19 mayo 1934, 7 noviembre 1940, 4 febrero 1950 y 17 abril 1952, aunque la que más claramente establece la existencia de contrato es la STS 18 enero 1941. Por otra parte, lo que sí había afirmado nuestro T.S. reiteradamente es la existencia de sinalagma, es decir, dada la prestación de servicios por el médico, se admite automáticamente la obligación de pagar los honorarios por el paciente.

⁵⁸⁶ En cuanto a la naturaleza contractual o extracontractual de la relación médica en ausencia de honorarios, JORDANO FRAGA, "Aspectos problemáticos de la responsabilidad...", cit., págs. 32 y 33.

⁵⁸⁷ *Vid. LLAMAS POMBO, E., La responsabilidad civil..., cit., passim.*

⁵⁸⁸ Ni aun ha existido propiamente "etapa precontractual", pues todo *iter ad contractum* requiere discusión, propósito más o menos remoto de llegar a establecer un *vinculum iuris*, determinadas negociaciones preliminares, intercambio de puntos de vista, etc. No estamos, pues, en una "relación de contacto social", como dice la doctrina alemana, ni una situación de lealtad y buena fe, típica de la relación precontractual.

7. - Cuando la conducta del médico sea constitutiva de delito o falta penal, de ella derivaría una responsabilidad aquiliana, en los términos y con las referencias legales que son bien conocidas.

6.2.3.- Obligaciones de medios y de resultado.

En la actividad del facultativo confluyen obligaciones de medios y de resultado, lo que, por otra parte, conlleva importantes consecuencias en materia de responsabilidad civil. La distinción entre ambos tipos de obligaciones proviene de la existencia, junto a las obligaciones en que el deudor se compromete a la realización de un acto determinado, al logro de un *resultado*, de otras en las que debe tomar ciertas medidas o *medios* que normalmente se encaminan a producir un cierto resultado. Así, otros autores se refieren a “obligaciones determinadas” y “obligaciones generales de prudencia y diligencia”, al entender que, si bien la diligencia viene impuesta también en las obligaciones de resultado, en las de medios, el deudor se compromete de forma exclusiva y precisa a obrar diligentemente para conseguir el resultado.

No han faltado doctrinas contrarias a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, y que afirman que todas las obligaciones son de diligencia. Ciertamente, existen serias dificultades dogmáticas a la hora de identificar el criterio de distinción entre obligaciones de medio y de resultado. Quizá el más claro sea el carácter aleatorio o, por el contrario, cierto, del resultado querido por el acreedor.

Pero en general, todos los autores partidarios de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, aluden como paradigma de las primeras a la obligación del médico. Y aquellos otros que niegan tal cualidad a la obligación del médico, lo hacen como consecuencia de su posición contraria a la distinción entre ambos tipos de obligaciones.

En España, y a partir de una doctrina que algunos autores expusimos con detalle en los años ochenta⁵⁸⁹, ha sido tardía pero decidida la aplicación de la distinción entre

⁵⁸⁹ En efecto, fuimos mayoría quienes en aquella década nos hicimos eco de las hoy bien conocidas obras de BENHOFT, OSTI, DEMOGUE, MENGONI, FROSSARD, etc., a propósito de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, y su indudable utilidad a la hora de enjuiciar con rigor jurídico la actividad médica. Distinción que pronto fue objeto de juiciosos trabajos monográficos en nuestra doctrina (bueno es recordar los de JORDANO FRAGA, “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico”, en *R.G.L.J.*, 1991-1; LOBATO GÓMEZ, “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, en *A.D.C.*, 1992; y CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993). Y también entonces fue generalizada la opinión de que “en las obligaciones de resultado, el incumplimiento conlleva la presunción de *culpa debitoris*, mientras que en las de medios, el acreedor ha de probar la negligencia del deudor”, por expresarlo con la indiscutida claridad del Prof. LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil III*, pág. 238). Por ello, señalé en la pág. 425 de mi *Responsabilidad civil del médico*, cit., que “...cuando de obligaciones de resultado se trate, la prueba del incumplimiento de las mismas es suficiente, puesto que el resultado no se ha producido, lo que ya comporta un daño, una culpa y una relación de causalidad. Mientras tanto, en las obligaciones de medios, es a través de la prueba de estos dos extremos como se llega a la del incumplimiento”. Afirmación que se completa en las páginas 70 a 86, 229 y 230 del mismo libro, donde con mayor detenimiento, profusión de citas y (espero, si cabe) mayor claridad, se trataba la cuestión. A ellas me remito, por tanto.

Es bien sabido que tal posición ha sido objeto (años después) de una importante revisión crítica por copiosa doctrina, desde PRINCIGALLI en Italia hasta BUERES o LORENZETTI en Argentina. Y seguramente, me parece, hoy, con razón. De ello me he ocupado recientemente en la monografía sobre *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. De la aestimatio rei al id quod interest*, Trivium, Madrid, 1999.

obligaciones de medios y de resultado a la actividad médica por parte de la jurisprudencia; ya las SSTS (Sala 2^a) de 5 julio 1877 y 8 octubre 1963, y la de la Sala 1^a de 21 marzo 1950 se hacían eco de la distinción. Y a partir de las SSTS (Sala 1^a) 20 febrero y 4 noviembre 1992, o 26 mayo 1986, se afirma que “*la actividad médica genera obligaciones de medios y no de resultado, pues el médico no está obligado a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la denominada lex artis ad hoc*”. Por su parte, indica la STS 29 septiembre 1991 que ha de rechazarse la responsabilidad por riesgo porque “*el médico no crea riesgos sino trata los peligros de la enfermedad*”⁵⁹⁰..

En efecto, toda actividad médica conlleva una incertidumbre y un alea, de los cuales el facultativo nunca podrá desprendérse, por más que la ciencia avance y la técnica aporte nuevos y sofisticados medios . La propia complejidad del organismo humano y la inevitable influencia de agentes externos a la misma actividad médica, hacen de esa incertidumbre elemento consustancial a la Medicina . Resulta evidente que, aunque la intención del médico sea curar al enfermo, a lo único que puede comprometerse es a utilizar todos los medios de que intelectualmente disponga y todos los instrumentos que resulten adecuados para el logro de esa curación.

Dicho esto, no se debe concebir una idea demasiado simplista de las obligaciones del médico como de medios. Los tratamientos ofrecidos por un famoso especialista difieren de los que ofrece un médico hospitalario o un médico de cabecera. Los *medios* de que disponen unos y otros no son los mismos. Por esta razón, la doctrina nota que la distinción obligaciones de medios-obligaciones de resultado admite ulteriores subdivisiones y que a menudo en la actividad que despliega el médico se entrecrucen obligaciones de uno y otro tipo.

Tanto es así, que ni siquiera cabe una presunción de culpa cuando la curación o el resultado favorable del tratamiento no se consigue, como parece sostener cierta doctrina; y así lo entendemos precisamente por constituir cuestiones diferentes el resultado querido y los medios empleados. Si se fracasa en el tratamiento, todo lo que puede exigirse al médico es que demuestre la adecuación de los medios empleados en el tratamiento, pero nunca su total diligencia, lo cual viene además avalado por las dificultades de orden probatorio que tal exigencia supondría. De todas formas, sobre la incidencia de esta distinción sobre la carga de la prueba, volveremos más adelante.

Si partimos de la base de que el deber principal y, por lo demás, más frecuente de los que asume el médico - esto es, el deber de asistencia y cuidado del enfermo-, constituye una obligación de medios, es necesario admitir la existencia de determinados supuestos en que se presenta una obligación de resultado, bien entendido que se trata de casos excepcionales. Asimismo, es destacable que son obligaciones concretas que normalmente forman parte del tratamiento, que se incardinan en esa obligación más general de medios. Cuando el médico concierta una cita para un día y hora determinados, el deber de acudir es obviamente de resultado; igualmente, si bien el compromiso de practicar una transfusión sanguínea constituye una obligación de resultado, eso no quiere decir que el médico se comprometa a lograr la finalidad terapéutica para la cual se instrumenta esa transfusión.

⁵⁹⁰ No pensaba lo mismo Petrarca hace 647 años, cuando en carta al Papa Clemente VI afirmaba que “los médicos se instruyen con nuestros riesgos y peligros y experimentan con nuestra muerte”.

Estos supuestos de excepción a los que nos referimos pueden obedecer a dos tipos de motivos: razones de orden práctico, cuando en la actividad médica en cuestión no interviene ningún *alea* o lo hace en muy escasa medida, y razones de orden jurídico, cuando del tenor de un contrato se desprenda la conclusión de que voluntariamente se pacta una obligación de resultado. Entre los primeros, cabe citar los siguientes supuestos:

1º) La emisión de dictámenes y certificados.

2º) Los análisis clínicos.

3º) El llamado contrato de clínica o de hospitalización, en sus distintas vertientes, incluye indudablemente también algunas obligaciones de resultado, para la entidad o centro que lo realiza (proporcionar seguridad al enfermo contra los peligros que pudieran amenazarle y tener en buen estado el material necesario para el tratamiento).

4º) En odontología, y respecto a la colocación, adaptación y suministro de prótesis dentales, existen ciertos problemas aunque en general se considera como obligación de resultado.

5º) La cirugía estética, de la que nos ocupamos más adelante, no sin importantes matices que allí veremos.

6º) Existen otros supuestos en que cabe asignar al médico una obligación de resultado, tales como la colocación de prótesis y aparatos ortopédicos, y las intervenciones menores como la fimosis, amígdalas, etc., siempre que se realicen en circunstancias normales.

7º) Por último, cabe aludir a la promesa de curación, como asunción voluntaria de la obligación de resultado: Se trata del compromiso, asumido contractualmente por parte del médico, de obtener un resultado satisfactorio al término de su intervención. Al margen de la licitud de esta sobrecarga de responsabilidad, que nadie duda, como manifestación de la autonomía de la voluntad consagrada en el art. 1.255 CC, consideramos difícil tal hipótesis, dado que los problemas de prueba son graves, al ser habitual la inexistencia de un documento escrito del contrato del que se desprenda indubitablemente esa característica de la obligación médica. De todas formas, las promesas de curación hechas por el médico, siempre y cuando no sean un simple modo de levantar el ánimo al enfermo constituyen la promesa de un hecho incierto cuya realización no depende sólo de la voluntad del deudor y cuyo efecto no es otro que la asunción del riesgo del fracaso producido por caso fortuito o fuerza mayor, posibilidad que ofrece el art. 1.105 del C. Civil.

No obstante, para la determinación de la responsabilidad del médico en estos supuestos quizás resulte más sencillo acudir al incumplimiento del deber precontractual de información que pesa sobre el facultativo, y recurrir a la culpa in contrahendo que genera el incumplimiento de ese deber. Basta señalar que el mismo no se cumple con la mera información, sino que además ésta ha de ser correcta, y, en definitiva, en estos casos cabe considerar que el paciente accedió a la conclusión del contrato "seducido" por una información falsa, por una promesa de curación cierta, que no era posible predecir, cuando realmente no se produjo. Ello acarrea una responsabilidad aquiliana ex art 1.902 CC, al no estar tipificada en nuestro Derecho una concreta responsabilidad precontractual.

6.3.- EL PALIATIVO DEL SISTEMA: DULCIFICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

6.3.1.- Las objeciones al modelo

Ese trato aparentemente “excepcional” no es fácil de justificar. Como señalé en mi comentario de una de las sentencias ya mencionadas⁵⁹¹, no se puede negar que una rígida aplicación de los clásicos principios de culpa, causalidad y carga de la prueba, puede llegar a frustrar la finalidad reparadora de la responsabilidad civil, cuando de actividades técnicas y profesionales se trata. En efecto, la desigualdad entre víctima y profesional (o institución donde se ejerce la actividad profesional) es patente, en relación con las posibilidades de acceso al conocimiento que una y otros tienen acerca del desarrollo de los hechos, y de la valoración técnica o científica de esos hechos⁵⁹². Lo que abiertamente contraviente el principio *pro damnato*⁵⁹³, pues la demostración de la culpa y la causalidad con arreglo a los esquemas tradicionales puede llegar a convertirse en una verdadera *probatio diabolica*. Así lo reconoce el TS en numerosas Sentencias, de la que resulta exponente la de 2 diciembre 1996: “*en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba por las partes, sean actoras o demandadas, cabe atenuar el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria, por su libertad de acceso a los medios de prueba.*”

6.3.2.- Los peculiares instrumentos probatorios al alcance de la víctima

Tal constatación ha llevado a la jurisprudencia española a no mostrarse tan insensible a los intereses de esa víctima, facilitando a la misma la prueba de la culpa médica y aun de la relación de causalidad, a través distintos instrumentos que en su mayor parte ya habían tenido eco en la doctrina y en el Derecho comparado⁵⁹⁴, y de los que me ocupaba con detenimiento recientemente⁵⁹⁵. Baste aquí una palabra de cada uno de ellos:

1º) El principio *res ipsa loquitur (the things speaks for itselfs)*, que no es sino una presunción, en virtud de la cual se permite deducir de un hecho probado y evidente la existencia de culpa⁵⁹⁶. Hay veces en que “las cosas hablan por sí mismas”,

⁵⁹¹ Concretamente, la STS 4 noviembre 1992, que comenté en “Responsabilidad civil médica. Responsabilidad del INSALUD por un conjunto de posibles deficiencias asistenciales”, en *C. C. J.C.*, nº 30, 1992.

⁵⁹² Por eso, abiertamente reconoce la mencionada STS 16 diciembre 1987, que cuando la causa o causas generatrices del daño se encuentran en un complejo establecimiento asistencial (cuando no varios), donde existe una importante interrelación de actividades, resulta especialmente difícil acreditar cuál fue la posible acción u omisión culposa que produjo el daño, e incluso a quién se debió la misma.

⁵⁹³ Tan evidente contravención del principio *pro damnato* no escapa a los ojos del propio TS, cuando en Sentencia de 12 diciembre 1998, ponderaba “*lo difícil que es... para los litigantes el precisar las actuaciones médicas... que, por negligentes o defectuosas, atentan y dañan la salud de las personas, así como aportar las pruebas corroboradoras necesarias, ante la pasividad unas veces y otras la falta de colaboración y hasta la oposición sostenida y conciliada de médicos, sanitarios y centros asistenciales*”.

⁵⁹⁴ Son los “paliativos de la dificultad probatoria que pesa sobre el enfermo demandante o sus herederos”, como en su día los denominó CABANILLAS SÁNCHEZ, en “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales...”, *cit.*, pág. 910. O las “sugerencias o propuestas encaminadas a paliar la nada fácil situación procesal en que el demandante se encuentra cuando reclama al médico”, según palabras de DE ANGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos...*, *cit.*, pág. 69 a 71. Por su parte, también DÍAZ-REGAÑÓN (*op. cit.*, págs. 173 y ss.) ha analizado con detalle estos instrumentos.

⁵⁹⁵ Me refiero a mi trabajo ya citado *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*.

⁵⁹⁶ Aunque el adagio *res ipsa loquitur* es muy antiguo (es CICERON quien proclama que, en ocasiones, no hace falta que hable el hombre, porque las cosas “gritan o hablan por sí mismas”), y su aplicación jurídica relativamente vieja, lo cierto es que en la última década se ha producido una abundantísima bibliografía sobre el tema, y muy especialmente a propósito de la responsabilidad médica. A título indicativo, cabe

no hace falta que hable el hombre, existe una *circumstantial evidence*, que permite inferir no sólo la causalidad, sino también la culpa: cuando se amputa la pierna equivocada, o se opera de fimosis en lugar de amigdalitis, o se olvida una gasa o pinzas en la zona intervenida, o el odontólogo deja caer una pieza dental dentro de la tráquea del paciente, escasa o nula prueba requiere la culpa⁵⁹⁷. Lo mismo sucede cuando el cirujano, en lugar del apéndice, corta otra parte del intestino, o el ginecólogo deja materia ovular en el curso de un raspado⁵⁹⁸. Aunque la STS 2 febrero 1993 rechazaba la aplicación de dicha regla (que confundía explícitamente con la inversión de la carga de la prueba), lo cierto es que la aplicado sin problemas en las SSTS 12 julio 1988⁵⁹⁹ y 9 diciembre 1998⁶⁰⁰.

2º) No existen grandes diferencias entre el criterio que acabo de exponer y la clásica prueba de presunciones que contemplaba el lamentablemente derogado artículo 1253 del CC (de un hecho cierto y probado, se deduce otro, con el que existe un enlace preciso y directo), como vehementemente ha demostrado Díaz Regañon⁶⁰¹. El razonamiento ha sido magníficamente expuesto por De Angel: “el hecho de que la culpa del médico no se presuma no significa que no pueda acreditarse por medio de la prueba de presunciones, es decir, mediante la inferencia lógica por cuya virtud es posible que a partir de un *hecho demostrado* se deduzca otro (el que hay que probar), siempre que entre el primero y el segundo exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”⁶⁰². Así, a partir de la STS de 12 febrero 1990 se abre camino jurisprudencial la técnica probatoria presuntiva en otras muchas SSTS, como las de 22 febrero 1991, 30 julio 1991, 13 octubre 1992, 4 noviembre 1992, 23 marzo 1993, etc.

3º) Análoga a las anteriores es la llamada prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis*⁶⁰³, consistente en deducir la causalidad y la culpa de máximas de

mencionar KING, J., *The law of medical malpractice*, West Publishing Co., St.Paul, Minnesota, 1977, *passim*; ROGERS-WINFIELD-JOLOWICZ, *On Tort*, Sweet & Maxwell, Londres, 1989, págs. 125 y ss; MARKESINIS-DEAKIN, *Tort law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1994, págs. 160 y ss.; PROSSER-KEETON, *On the law of torts*, Saint Paul, Minnesota, 1984; FINESCHI, “*Res ipsa loquitur*: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica”, en *Riv. It. Med. Leg.*, 1989, I; CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Pres.Univ.France, París, 1994, pág. 286; HEAS, F., “La maxime *res ipsa loquitur*: à propos d'une application censurée en matière de responsabilité médicale”, en *Petites Affiches*, nº 131, Julio 1999, págs. 8 y ss.; y en España, YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pág. 307; RICO PÉREZ, *La responsabilidad civil del farmacéutico*, Trivium, Madrid, 1984, pág. 72; PARRA LUCAN, *op.cit.*, págs. 378 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 166; *idem*, “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis* y la carga de la prueba (comentario a la STS 24 mayo 1990)”, en A.D.C., 1991; DÍAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALÁ, *op. cit.*, págs. 173 y ss.

⁵⁹⁷ Dicen ZEPOS-CHRISTODOULOU que en tales casos la calificación de imprudencia es tan sencilla que no requiere el dictamen de un experto, pues se trata de eventos que hablan por sí mismos (“Professional liability”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, t. XI, pág. 27).

⁵⁹⁸ *Vid.* PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Ed. Jovene, Nápoles, 1983, pág. 48.

⁵⁹⁹ El paciente acudió al Insalud para ser operado de apendicitis y termina con una parálisis de pierna y una pérdida casi completa de audición y emisión de los sonidos

⁶⁰⁰ En la que se afirma: “*Pero junto a ello, también conviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor..., que corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana*

⁶⁰¹ DÍAZ-REGAÑON, *op. cit.*, *passim*.

⁶⁰² DE ANGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos...*, *cit.*, págs. 98-99.

⁶⁰³ De la prueba *prima facie* ya me ocupaba hace años en mi *Responsabilidad civil del médico*, *cit.*, págs. 426 y ss. Allí cité profusamente en este punto la obra de PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, Nápoles, 1983, págs. 81 y ss., donde se estudia con detalle su significado en el Derecho alemán. Críticamente se refiere a la misma en fechas mucho más recientes, insistiendo en su total identificación

experiencia. Viene a ser la versión alemana e italiana de la regla angloamericana del *res ipsa loquitur*. La conclusión o convencimiento, a diferencia de la prueba de presunciones, no se obtiene aquí de un hecho absolutamente probado, sino de una máxima de experiencia, o un “suceso típico”⁶⁰⁴.

4º) Parecida a las anteriores es también la *faute virtuelle*, que se limita a deducir la negligencia de la anormalidad del resultado⁶⁰⁵. En nuestro TS esta doctrina ha tenido una especial incidencia. Ya la SSTS 4 noviembre 1992⁶⁰⁶, que condenaba al INSALUD por un conjunto de *posibles* deficiencias, cuando no se sabía a ciencia cierta la causa del daño (si una enfermedad cardíaca previa, una embolia gaseosa o la disminución de aporte de oxígeno durante la intervención), puede considerarse un buen ejemplo. Pero posteriormente ha cobrado un auge especial, deduciendo (*presumiendo*, podemos decir más correctamente sin temor) la culpa allí donde se ha producido un *resultado dañoso desproporcionado* con lo que es usual comparativamente. Es el caso de las SSTS 18 febrero 1997⁶⁰⁷, 13 diciembre 1997, 19 febrero 1998, 8 septiembre 1998, 9 diciembre 1998 y 12 diciembre 1998⁶⁰⁸.

5º) Lo que no hacen ni la doctrina ni la jurisprudencia españolas es encuadrar todos estos fenómenos dentro de la llamada “distribución dinámica de la prueba”, concepto mucho más amplio y omnicomprensivo, que consiste en repartir la carga de la prueba, de manera que se obligue a aportar cada una de las pruebas a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Algo aparentemente tan sencillo requiere un examen más profundo, que excede al objeto de este trabajo⁶⁰⁹.

En nuestra jurisprudencia, y teniendo en cuenta todo lo antedicho, cabe afirmar que la ya mencionada STS 2 diciembre 1996 supone un cambio cualitativo en esta materia, pues (sin decirlo explícitamente) viene a abrazar la doctrina de la distribución dinámica de la carga de la prueba⁶¹⁰.

con la presunción judicial. DÍAZ-REGAÑON, *op. cit.*, págs. 183 y ss. En contra, SANTOS BRIZ (*La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, II, 6^a ed., Montecorvo, Madrid, 1981, pág. 951), JORDANO FRAGA (“Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico”, *R.G.L.J.*, 1985, pág. 85) e YZQUIERDO (*La responsabilidad del profesional liberal*, *cit.*, pág. 309), afirman y razonan que la prueba *prima facie* no constituye presunción, sino prueba directa. Frente a la total identificación entre presunción y prueba *prima facie*, yo diría, con LORENZETTI (*op. cit.*, pág. 224) que en la primera hay una serie de hechos probados que, relacionados entre sí, dan lugar a la deducción; mientras que en la segunda, además, existe una máxima de experiencia que complementa tales indicios presuncionales. No basta aquí una serie de hechos, sino que hay además una precisa máxima de experiencia, de carácter objetivo, estadístico y fiable (no una apreciación meramente subjetiva) que obliga a llegar a la conclusión presuntiva.

⁶⁰⁴ ROSENBERG, *La carga de la prueba*, trad. esp. Krotoschin, Ejea, Buenos Aires, 1956, págs. 165 y ss.

⁶⁰⁵ Sobre esta doctrina, en la literatura española, puede verse el claro análisis de CABANILLAS SÁNCHEZ, “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales...”, *cit.*, págs. 907 y ss.; y LEONIS GONZÁLEZ, “La responsabilidad en la medicina intensiva”, *Boletín I. Col. Abogados Madrid*, Nov.-Dic. 1990, págs. 35 y ss.

⁶⁰⁶ *Vid.* mi comentario ya mencionado, en *C. C. J.C.*, nº 30, 1992.

⁶⁰⁷ Comentada por FONTANILLA PARRA en *La Ley*, 13 noviembre 1997. Se trataba de un caso de contagio del virus del SIDA a través de un concentrado de factores.

⁶⁰⁸ Todas las sentencias mencionadas se examinan con acierto por DE ANGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos*, *cit.*, págs. 98 y ss.

⁶⁰⁹ Una vez mi *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*, *cit.*, donde expongo exhaustivamente esta doctrina.

⁶¹⁰ Baste trascribir un párrafo de su argumentación: “el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición, gozan de una posición

6.4.- LA CULPA MÉDICA

Si la jurisprudencia configura la responsabilidad civil del médico como una responsabilidad inequívocamente basada en la culpa, y por muchos paliativos que se establezcan en cuanto a la carga de su prueba, resulta imprescindible plantearse: 1º) qué entendemos por culpa a estos efectos; y 2º) si existe una “culpa médica” diferenciable de la culpa general.

Es bien conocida la dificultad que entraña el concepto de culpa, como elemento de imputación de responsabilidad⁶¹¹. Entre otros motivos, porque se trata de una expresión polisémica: se utiliza la “culpa”, indistintamente, como elemento de toda responsabilidad civil, como variante del dolo dentro de la antijuricidad, como supuesto de agravación de responsabilidad en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación, etc. Y aún en el primer caso, sirve para designar, entre otros contenidos semánticos: 1) La infracción de un deber contractual (de custodia, por ejemplo, en el depósito); 2) la vertiente civil de la imprudencia temeraria; 3) la mera impericia profesional; 4) la reprobación social, que a su vez puede dirigirse a la propia conducta, o al resultado dañoso, o sencillamente de carácter genérico; 5) los supuestos de *faute virtuelle* ya expuestos, caracterizados por un daño desproporcionado; etc.

Entre las teorías más comúnmente aceptadas en torno a la culpa, unas identifican esta con el "hecho ilícito imputable a su autor" -la imputabilidad como elemento de la culpabilidad⁶¹²; otras con la violación del derecho de otro⁶¹³ o de una obligación preexistente⁶¹⁴. Pero cabe aceptar que en sentido propio propio y específico, culpa es la infracción de un esquema de conducta predispuesto con carácter preceptivo⁶¹⁵, y más concretamente, la infracción del deber de diligencia, entendiendo ésta en su doble vertiente, técnica y como *utilitas*⁶¹⁶. Sólo puede hablarse de verdadera culpa como violación de deberes de diligencia *previamente establecidos* (es la llamada *duty situation*). Así, coincidiendo con la doctrina tradicional, se explica la culpa paralelamente al dolo; si éste requiere el conocimiento de la ilegalidad de un acto, así como la voluntad de realizar el mismo, en la culpa se sustituye el elemento intelectivo por la previsibilidad del resultado y el elemento volitivo por la omisión de la diligencia debida⁶¹⁷.

procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba”.

⁶¹¹ Sobre las dificultades que entraña el concepto de culpa, *vid.* MAZEAUD-TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, 6^a ed., París, 1970, t. 1, pág. 460. Sobre el tema, en general, y por citar sólo algunos trabajos “clásicos”, puede verse SANTOS BRIZ, J., “La culpa en Derecho Civil”, *R.D.P.*, 1967, págs. 614 y ss.; PUIG PEÑA, “Culpa civil”, *Nueva Enciclopedia Juídica*, t. VI, 1954, págs. 102 y ss.; RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, París, 1949; PIROVANO, *Faute civile et faute penale*, París, 1966; LAWSON, F.H., *Negligence in the civil law*, Oxford, 1955; CHIRONI, G.P., *La culpa en el Derecho Civil moderno*, Trad. esp. de Bernaldo de Quirós, Madrid, 1907; ALTAVILA, E., *La culpa*, Torino, 1957; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 112 y ss.; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publ. Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

⁶¹² SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, París, 1951, t. 1, num. 4

⁶¹³ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, París, 1925, t. III, num. 225.

⁶¹⁴ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1926, t. II, num. 863, donde declara la imposibilidad de afirmar la existencia de una culpa sin la previa concurrencia de una obligación en la persona a quien se imputa.

⁶¹⁵ Baso la definición en la de BADOSA COLL, *op. cit.*, pág. 663.

⁶¹⁶ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, págs. 226 y ss., especialmente, pág. 233.

⁶¹⁷ SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, *cit.*, pág. 41.

De esta forma, se cifra la noción de culpa en la idea de negligencia; pero ésta siempre requiere la presencia de un elemento de comparación, de un modelo de comportamiento o nivel de diligencia pre establecido que, en definitiva, será el que marque dónde comienza la previsibilidad y dónde termina el caso fortuito o la fuerza mayor. Ese "metro o testigo de la conducta del causante del daño" es el que la doctrina anglosajona conoce como *standard of care*, entendiendo por tal el *reasonable man of ordinary prudence*⁶¹⁸, equiparable al buen padre de familia de nuestro Código Civil. Precisamente el carácter mutable de este punto de referencia es el que permite ponderar con flexibilidad la existencia de culpa en cada supuesto de pretendida responsabilidad, aunque, por otra parte contribuye, sin duda, a oscurecer el concepto mismo de culpa.

En este sentido, desde los años setenta, la jurisprudencia de nuestro T.S. se inclina por la aplicación de la medida del art. 1.104 del CC, centrada en las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, lo que nos aleja de la imprecisa órbita del "buen padre de familia", y en lo que aquí nos interesa, resulta de indudable su utilidad para justificar la necesaria elevación del nivel de diligencia exigible que conlleva toda responsabilidad profesional. Así, como decíamos, uno de los mecanismos empleados por la jurisprudencia para aproximar el modelo culpabilista del CC hacia planteamientos objetivistas, ha consistido precisamente en acentuar el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de ser extremada la prudencia precisa para evitar el daño⁶¹⁹; para calificar como culposa una conducta, no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de la persona, tiempo y lugar, sino también al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta, y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles, y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos. Se contempla así no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su aspecto social⁶²⁰.

La aplicación de la teoría de la culpa a la responsabilidad civil del médico ha dado lugar a la llamada *culpa médica*, punto de referencia esencial de numerosas obras sobre la materia, sobre todo en la doctrina francesa⁶²¹. En nuestro país, Ataz ha definido la culpa médica adaptando el art. 1.104 del C. Civil a la actividad sanitaria como la infracción por parte del médico o del cirujano de algún deber propio de su profesión y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar⁶²².

⁶¹⁸ FLEMING, J.G., *The law of torts*, 51 ed., Book Co. Ltd., 1977, pág. 107.

⁶¹⁹ Entre decenas de sentencias, cabe citar la STS 9 marzo 1984.

⁶²⁰ En este sentido, señala la Sent. T.S. 23 marzo 1982 que "...en modo alguno viene permitida sin más la exclusión... del básico principio de la responsabilidad por culpa, lo que comporta la indeclinable necesidad de que el acto dañoso tenga que ser... culpable, esto es, imputable a negligencia - o dolo - del agente, por más que la diligencia obligada abarque no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino también todos los que la prudencia imponga para prevenir del daño". Igualmente, la STS 13 julio 1987 (ponente Santos Briz) habla de culpa en sentido subjetivo como "ornisión de la diligencia exigible en cada caso" que es la exigible a los profesionales sanitarios, siendo ajena a ellos la idea de responsabilidad objetiva.

⁶²¹ Vid. PENNEAU, J., *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, París, 1973; *La responsabilité médicale*, Sirey, París, 1977, págs. 44 y ss. y 244 y ss.; SAVATIER-AUBY-PEQUIGNOT, *Traité de Droit Médical*, París, 1956. 841. SAVATIER, AUBY y PEQUIGNOT, "Traité...", cit., pág. 290.

⁶²² ATAZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 290. La definición es susceptible de una mayor concreción, que intentaba en mi *La responsabilidad civil del médico*, cit., págs. 217 a 226.

Esa diligencia viene dada por la denominada *lex artis*. Lo que permite admitir la existencia de la culpa médica como algo distinto de la culpa común o general. Problema que nada tiene que ver con otro, resuelto hace tiempo en sentido inverso, y que se cuestiona la entidad de la responsabilidad médica específica y diferente de la llamada responsabilidad civil general⁶²³.

En otro orden de ideas, aunque en sentido amplio, toda culpa profesional puede considerarse “impericia” (*imperitiae culpa admuneratur*), cabe restringir el sentido del término, y utilizarlo como forma especial de la culpa, con sus características propias. En efecto, si la culpa era una cualidad indispensable del acto que da origen a una responsabilidad, parece lógico pensar que en el caso de los profesionales, la impericia, como falta o ausencia de la experiencia o habilidad propias de determinada ciencia, arte o profesión⁶²⁴, es un claro supuesto de culpa, pero que no agota todas las posibilidades de ésta. Para Cattaneo, la impericia se distingue de otras variantes de la culpa en que la antijuricidad se determina sobre la base de normas técnicas propias de una profesión, arte u oficio, más que de las reglas de conducta derivadas de la experiencia común, es decir, el desconocimiento negligente de la *lex artis*⁶²⁵. Puede hablarse, entonces, de una subespecie de la culpa médica, consistente en la impericia.

6.5.- LA *LEX ARTIS* Y LOS DEBERES MÉDICOS COMO MEDIDA DE LA DILIGENCIA

6.5.1.- Concepto y naturaleza jurídica de los deberes médicos

Según hemos expuesto ya, en la base de toda responsabilidad médica ha de existir una “culpa médica”, y ésta, como “omisión de la diligencia” del artículo 1104 CC, equivale al incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis*, concebida como criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Así, e independientemente de que partamos de un origen contractual o extracontractual, lo que determinará el alcance y los términos de la responsabilidad, en la base de ésta siempre aparece el incumplimiento de uno de los llamados deberes médicos, que precisamente son los que integran dicha *lex artis*.

Deberes enunciados casi siempre como de contenido ético de la profesión médica, pero que, precisamente por lo que acabamos de decir, se configuran simultáneamente como auténticos deberes u obligaciones jurídicos. En efecto, los numerosos códigos deontológicos han venido recogiendo de forma más o menos ordenada los deberes médicos a los que nos referiremos a continuación⁶²⁶.

⁶²³ De nuevo, remito a mi monografía ya citada, págs. 221 y ss.

⁶²⁴ ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 280.

⁶²⁵ CATTANEO, *La responsabilidad del profesionista*, Giuffré, Milano, 1978, pág. 56.

⁶²⁶ Por ejemplo, y además de los códigos deontológicos nacionales, la “Declaración de Helsinki” o Código ético de la Asociación Médica Mundial, de 1964; el Código de Londres, de la citada Asociación (octubre, 1949); el Código Internacional de Nuremberg, de 1947; la Declaración del Comité Permanente de Médicos de la CEE de 1967; la Declaración de Sydney de 1968; la Declaración de Oslo de 1970, etc.

Deberes que obligan al facultativo con independencia de la existencia de un contrato. Cuando éste se constituye como base de la relación médico-paciente, se convierten en obligaciones contractuales, en contenido natural del contrato. Por este motivo, han sido denominados deberes *ex officio* por la doctrina. Y cuando la relación es extracontractual, penetran en la misma a través de la antijuricidad. Así, los deberes éticos del médico, inicialmente éticos, advienen al mundo del Derecho cuando se concreta la relación jurídica médico-enfermo.

6.5.2.- Análisis de los principales deberes médicos

6.5.2.1.- Deberes relacionados con la información

a) El consentimiento informado.

Ya hemos visto cómo, de manera absolutamente distinta e independiente del consentimiento contractual propiamente dicho, existe un consentimiento no puramente contractual que, junto con el estado de necesidad, constituye la clave de la licitud del tratamiento médico y se utiliza incluso para excluir la punibilidad de determinadas lesiones provocadas como consecuencia de la intervención facultativa. Por eso lo denominé en su día “consentimiento-legitimación”⁶²⁷. El alcance jurídico-privado de tal consentimiento es fundamental. Baste recordar que estamos en presencia de la actuación de un derecho de la personalidad, la integridad física, que se manifiesta aquí como una libertad. Se ha dicho que en la actuación médica sin consentimiento del paciente no se comete tanto un atentado contra el “derecho” a decidir sobre su integridad corporal, como un atentado a la libertad de decidir sobre la oportunidad de someterse a un proceso curativo inicialmente beneficioso para la salud del enfermo, pero hay que tener en cuenta que eso que llaman “libertad de decidir” no es más que una de las facultades inherentes al derecho a la integridad física o, si se prefiere así, un reflejo de la “esencialidad” de que goza dicho bien. Otra cuestión es que estrictamente hablando, omitamos la expresión “consentimiento” para distinguirlo del elemento del contrato, y consideremos que se trata de una “adhesión al acto médico, una conformidad obtenida por el médico antes de proceder”. Pero la expresión ya comúnmente utilizada desde hace una década es la de *consentimiento informado*. Informado porque si quien lo emite carece de la información elemental sobre aquello que consiente, su validez y eficacia es nula: Habla la doctrina inglesa de un “consentimiento aparente” e inefectivo cuando la persona que lo emite está insuficientemente informada acerca del tratamiento a seguir⁶²⁸.

La necesidad de consentimiento del paciente puede considerarse en cierto modo gradual, en proporción con la finalidad que pretenda la actividad médica. En este sentido, suele distinguir la doctrina según la actividad sanitaria de que se trate se dirija o no a mejorar la salud, que exista o no finalidad curativa. La exigencia de consentimiento será tanto más rígida cuanto más nos alejemos de tal finalidad puramente curativa, llegando a ser inexcusable -incluso por disposición expresa de la Ley, como veremos- cuando dicho objetivo desaparece.

La necesidad de consentimiento, que ya venía recogida en los arts. 21 y 23 del Código de Deontología Médica español, ha sido consagrada para toda actividad médica que se realice en el seno de servicios e instituciones públicas, por el art. 10.6 de la Ley General de Sanidad, que declara el derecho del paciente a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo

⁶²⁷ LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, cit., págs. 151 y ss.

⁶²⁸ Así ocurría en el caso Chatterton v. Gerson (1981).

consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- 1) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- 2) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones...
- 3) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse occasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Con este precepto se desvanecen las dudas que habían existido acerca de otras normas anteriores (así, el art. 13.c del Decreto de 25 de agosto de 1978 sobre garantías de los usuarios de hospitales públicos), y queda claro un corolario fundamental: *todo acto médico debe ser consentido por el paciente*. No quiere decir esto que cada uno de los actos deban ir precedidos de una declaración de voluntad individualizada, sino que, tras la información pertinente a cargo del médico, que incluye el alcance del tratamiento, el paciente ha de consentir que ese tratamiento se lleve a cabo, conociendo de forma razonable los actos que el mismo comporta.

b) El deber de información

La validez de dicho consentimiento exige que el mismo se preste exento de vicios. Y el error cobra especial relevancia en este punto, y nos conduce directamente al "deber de información" que corresponde al médico y que puede dar lugar incluso a otros vicios del consentimiento. El problema deriva de la ausencia de conocimientos médicos del paciente, su carácter profano respecto al carácter experto del médico, y que puede invalidar totalmente el consentimiento otorgado por una persona ignorante del alcance de esa manifestación de voluntad. ¿Cómo va a consentir alguien que se realicen determinadas operaciones con su cuerpo, sin conocer los efectos que sobre éste va a tener?, o ¿cómo va a negarse a que las mismas se efectúen, sin saber las consecuencias que, de no actuar, tendrá su enfermedad? Es indudable que el desconocimiento por parte del paciente de las circunstancias que rodean su enfermedad, las posibilidades de éxito del tratamiento o intervención a los que va a someterse, así como de los riesgos que éstos entrañan, da lugar a un consentimiento viciado, cuando menos, de error, que además sería esencial por afectar a puntos o requisitos esenciales del negocio jurídico, por ejemplo, al objeto del contrato, que es el bien jurídico protegible -salud o curación del enfermo- o a la sustancia del mismo ex art. 1.266 del C. Civil, que equivale "a la ignorancia o falso conocimiento de las condiciones que principalmente" llevan al enfermo a someterse a tratamiento o intervención.

Esto legitimaría al paciente para impugnar ese consentimiento y, por tanto, el contrato de prestación de servicios médicos. Pero además existe una infracción del deber de información que pesa sobre el médico y, por tanto, una culpa médica, que perfectamente pudiera encuadrarse dentro de la doctrina de la *culpa in contrahendo*, para dar lugar a una responsabilidad precontractual del médico⁶²⁹. Efectivamente, el deber que pesa sobre el médico de informar al paciente acerca de las características del tratamiento o intervención, las posibilidades de curación y los riesgos que entraña, se produce en un momento previo a la emisión del consentimiento, forma parte de los "tratos, negociaciones o conversaciones preliminares" al contrato. Si en ese momento es cuando se debe informar, ahí es precisamente cuando puede cumplirse tal obligación, y cuando, por tanto, aparece una responsabilidad precontractual del médico, que es generalmente admitida por nuestra doctrina, y que da lugar a una obligación de

⁶²⁹ *Vid. ALONSO PÉREZ, "La responsabilidad precontractual", R.C.D.I., 1971, págs. 859 y ss.*

resarcimiento cuando, entre otros supuestos, una de las partes consiente anomalías de los que después serán elementos negociales. En nuestro caso se provoca, cuando menos, un vicio de error en el consentimiento del paciente⁶³⁰. Y tal deber de información sí es, sin duda, una obligación de resultado; no basta "desplegar los medios" para dar la información al paciente, sino que hay que cerciorarse que la misma alcanza su objetivo.

Lo que ya no está tan claro es el alcance de tal información. Desde luego, no se trata de que el enfermo deba soportar un verdadero curso de Medicina que, por otra parte, sería inútil por mucha que fuera la capacitación vulgarizadora del galeno; más bien se trata de conseguir de forma racional el objetivo que se pretende con la imposición de tal deber al médico, es decir, que el paciente comprenda ciertamente cuáles serán las consecuencias de su manifestación de voluntad. La jurisprudencia francesa ha dicho al respecto que basta una "información simple, aproximativa, inteligible y leal". Así, cada caso diferirá de los demás, debiendo medirse el alcance de tal información en función de dos vectores: cuanto más graves sean los riesgos de la intervención o el tratamiento propuesto y menos imperiosamente necesarios sean éstos, más lejos irá y con mayor rigor se exigirá la información por parte del médico.

Esta idea de una gradación en el nivel de exigencia de información ha sido desarrollada precisando aún más los factores que inciden en dicho nivel o alcance del deber de información⁶³¹, que ponen el acento más en el receptor de la información que en el ámbito del emisor:

- 1) Capacidad del paciente para comprender y alcanzar una decisión a partir de las consecuencias de la información.
- 2) Deseos de información del paciente.
- 3) Necesidad del tratamiento.
- 4) Nivel de riesgo que entraña el tratamiento, ya que si el riesgo es grave, el deber de información pesará mucho más.
- 5) Probables efectos de la información sobre el paciente, problema del que nos ocupamos más adelante.

No son pocos los problemas que plantea este deber de información; precisamente, el primero de ellos alude a la dificultad de que el paciente, desde su ignorancia técnico-científica, comprenda las explicaciones del médico. Sin embargo, ésa es la razón por la cual se requiere tal claridad en los términos por parte de este último, sin olvidar que es, en último extremo, la aludida ignorancia la que hace necesaria dicha obligación de informar. Todos los seres humanos, por ignorantes que sean, pueden entender bien cuándo el médico traduce a un lenguaje inteligible ideas tan elementales como que quedará reducida su capacidad de movimiento, o su visión se puede reducir en un 50%; o el tumor puede reproducirse a los dos o diez años, etc. Si se desea de verdad, el médico siempre puede informar de modo inteligible al común de los mortales.

⁶³⁰ Prueba de la importancia de este deber es el hecho de que dos de cada tres procedimientos de responsabilidad médica en Alemania contemplaban en 1976 supuestos de falta o insuficiencia de información. Similar atención presta a la misma la jurisprudencia francesa. En nuestro país, el deber de información cobra carta de naturaleza jurisprudencial por primera vez en la STS 25 abril 1994, que contempla un supuesto de vasectomía fallida (precisamente por defectuosa información). Existe un comentario extenso de dicha Sentencia de LLAMAS POMBO, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 36, 1995.

⁶³¹ SKEGG, P.D.G., *Law, Ethics and Medicine*, Oxford, 1984, págs. 88 y ss.

Otro problema viene dado por lo comprometido que puede llegar a ser el comunicar al enfermo un pronóstico grave: en primer lugar para el médico, que se ve inmerso en una situación desagradable; pero también para el paciente puede resultar un tanto cruel en determinados casos el conocimiento de su estado de gravedad. Y no sólo cruel, sino que puede entrañar el riesgo de traumatizar al enfermo con una revelación inoportuna y susceptible de agravar el mal presente, e incluso de inquietarle inútilmente con el peligro de que rechace una intervención indispensable para su sanación. Evidentemente, en estos últimos casos, y de acuerdo con la moderación a que hacíamos referencia anteriormente, el deber de información encuentra un límite, y así se ha manifestado abiertamente la doctrina y jurisprudencia francesa. Mientras en los países anglosajones los médicos manifiestan con toda normalidad al paciente la gravedad de su enfermedad, en los países latinos parece que se tiende a velar o casi no comunicar esas enfermedades graves para la salud. Cabe señalar que se trata de una cuestión eminentemente deontológica si el médico debe o no revelar al paciente tal circunstancia, y así, el art. 25 del Código de Dentología Médica se ocupa del tema, con extremadas cautelas: "En principio, deberá revelarse al paciente el diagnóstico; no obstante puede ser legítimo no comunicar al enfermo un pronóstico grave o fatal. - En cualquier caso el médico actuará en esta materia con gran delicadeza, circunspección y sentido de la responsabilidad...". Por lo demás, la decisión no debe pertenecer al médico, sino al paciente, que es quien declarará si desea o no conocer el pronóstico de su enfermedad, puesto que puede hablarse de un "derecho del paciente a conocer su propio estado", como se desprende de las normas que mencionamos a continuación.

En cualquier caso, el estado del enfermo puede aconsejar que se le oculten algunos extremos de su afección o incluso que reste importancia a su gravedad, por los efectos psicológicos que implicaría el revelarle la verdad crudamente, en aras de su posible curación. Tal simulación es legítima siempre y cuando se respeten los criterios mínimos para poder hablar de un consentimiento libre de vicios, a la hora de intervenir al paciente o aplicarle un determinado tratamiento. Al enfermo debe dársele la verdad que pueda serle útil, y si el médico estima que una franqueza absoluta sería nefasta, puede callar si su conciencia profesional se lo impone. En estos casos, sin embargo, debe informarse plenamente a los familiares del paciente.

Por último, hay que reconocer que el deber de información o comunicación tiene dos vertientes: La primera vendría dada por la obligación de explicar o aclarar al paciente los extremos más importantes de su enfermedad, así como la conducta que debe seguir, precauciones que debe tomar, etc.; de otro lado, existe un deber de advertir al enfermo del riesgo que entraña el tratamiento u operaciones a seguir, de forma que el paciente nunca desconozca la naturaleza de este tratamiento, las consecuencias o efectos secundarios que pueda tener, o las posibles secuelas de una operación.

Ambas vertientes vienen recogidas en el art. 25 del Código de Deontología Médica, aprobado por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos en 1979, y cuyas normas no tienen la consideración de ley por no haberse promulgado oficialmente, a pesar de que el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social las declarase "de utilidad profesional y pública" el 23 de abril de 1979 en un escrito dirigido al señor presidente del mencionado Consejo. No obstante podrían adquirir la condición de normas jurídicas por la vía de la costumbre, en los términos del art. 1 del C. Civil y lo que es más importante, como auténticos principios generales del Derecho en materia sanitaria. Por otra parte, el deber de información se encuentra en el apartado h) del art.

13 del Decreto de 25 de agosto de 1978, sobre garantías de los usuarios de los hospitales, según el cual, el enfermo tiene derecho a recibir información completa en términos usuales y comprensibles sobre la situación de su estado clínico, bien sea en forma verbal o por escrito. Y en términos similares se expresa el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad: todos tienen derecho a que se le dé "en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento".

c) El secreto profesional médico.

Dentro de este grupo de deberes relacionados con la información, y con carácter negativo, ha de recogerse el secreto profesional médico. Con abstracción de otras implicaciones penales, que no nos competen, dicho secreto se encuentra recogido en una disposición del mayor rango legislativo, cual es la Ley Orgánica de Protección Civil del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, de 5 mayo 1982. Dicha ley, tras considerar el derecho a la intimidad, que es el protegido por el secreto, como "irrenunciable, inalienable e imprescriptible" en su art. 1.3, establece en el art. 7.4 que tendrá la consideración de intromisión ilegítima 1a revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional y oficial de quien los revela. En consecuencia, dicho secreto se defiende a través de los mecanismos de protección del perjudicado que establece la citada Ley de 1982, que no son otros que la reparación del daño causado (art. 9.2), con presunción de perjuicio cuando se acredite la intromisión ilegítima (art. 9.3), con extensión de la indemnización al daño moral⁶³². Por lo demás, también la Ley General de Sanidad contempla tal deber, aunque lo hace desde la perspectiva del derecho del paciente en su art. 10.3, cuando establece que todos tienen derecho "a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público".

6.5.2.2.- Deberes relacionados con la competencia profesional

Existe, por otra parte, un deber de competencia, actualización de conocimientos o capacidad profesional⁶³³. Si competencia es la disposición o suficiencia para el ejercicio de la Medicina, por incompetencia deberemos entender falta de idoneidad para dicho ejercicio. Según esto, la citada cualidad no ha de referirse exclusivamente al nivel de conocimientos, sino que habrán de tenerse en cuenta otros factores que puedan influir sobre ese grado de idoneidad. Así, entre las modalidades de incompetencia cabe incluir la incapacidad física, la incapacidad emocional, la ignorancia y la deshonestidad, así como la falta o mal estado de los medios técnicos necesarios y habituales en el ejercicio de la actividad médica.

Pero veamos los aspectos más conflictivos de lo que tradicionalmente se entiende por competencia médica, es decir, el adecuado nivel de conocimientos para el ejercicio de la profesión. Si partimos de la necesidad de estar en posesión de un título

⁶³² Sobre otros aspectos como la extensión objetiva del secreto médico, excepciones, carácter imperativo o dispositivo del mismo, etc., *vid. LLAMAS POMBO, La responsabilidad civil del médico, cit.*, págs. 272 a 281; ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 186 y ss.

⁶³³ En los términos del art. 29 del Código de Deontología Médica, "el médico tiene el deber y la responsabilidad de mantener actualizados sus conocimientos científicos y perfeccionar su capacidad profesional".

académico para poder ejercer la Medicina, ya estamos presuponiendo la existencia de un cierto nivel de conocimientos que dicho título comporta o debe comportar⁶³⁴.

En cuanto al problema de la actualización de los conocimientos, es aquí donde más énfasis pone el Código de Deontología Médica, quizás por tradición, ya que el propio Hipócrates aludía a tal deber médico⁶³⁵. No obstante, y dada la complejidad creciente de la ciencia médica, no se puede exigir un conocimiento absoluto y general a cualquier médico, en razón de la corriente de especialización que sufre la Medicina.

El fundamento legal de tal deber se puede encontrar incluso en el Código Penal, que contempla un tipo específico de impericia profesional. Es abundante la jurisprudencia española acerca de la imprudencia profesional médica, la distinción entre imprudencia temeraria, imprudencia simple, y la equiparación entre impericia e imprudencia, y otros temas que exeden al ámbito de este trabajo.

Respecto al deber de capacidad técnica, se hace alusión a un “deber de habilidad” por parte del médico, de muy dudosa exigibilidad, por la dificultad que presenta su apreciación, y que en todo caso debería circunscribirse exclusivamente al campo de la cirugía; es evidente que desde el punto de vista jurídico no resulta posible valorar el grado de “habilidad” de ningún profesional, y menos del médico. Será, sin embargo, la falta de habilidad manifiesta y contraria a la *lex artis*, la que constituya una modalidad particular de culpa médica.

6.5.2.3.- Deberes de asistencia.

Existe, de otro lado, un conjunto de deberes médicos que se pueden agrupar en torno a la obligación de asistencia que pesa sobre el médico frente al paciente. Independientemente de cuál sea la naturaleza de la relación médico-paciente, lo que resulta indudable es que, una vez entablada la misma, el facultativo ha de emplear los medios intelectuales y técnicos a su alcance para lograr la curación del paciente, sin que puedan eximirle de este deber condonamientos ideológicos o el hecho de que la enfermedad en cuestión sea contagiosa, ya que el riesgo de contagio, dentro de límites racionales, es asumido por el médico desde que comienza el ejercicio de su carrera, precisamente como un riesgo profesional. Por asistencia debemos entender, en consecuencia, todas aquellas tareas encaminadas al logro de ese objetivo que representa la curación del enfermo, y que incluyen el diagnóstico, el pronóstico, las recetas, el tratamiento, etc.

¿Puede negarse el médico a atender un paciente? Hay que partir de la diferenciación entre aquellos supuestos en que la intervención del médico es obligatoria y aquellos en que es voluntaria:

- En circunstancias normales, no urgentes, y no existiendo ninguna relación previa entre médico y paciente, debemos admitir que dicha posibilidad existe para el médico.

- De todas formas, existen supuestos “excepcionales” suficientemente abundantes para hacer casi impracticable esta facultad de rechazar un paciente por parte

⁶³⁴ Según S.T.S. 26 junio 1980, “el otorgamiento de un título profesional, de acuerdo con la normativa docente y académica, crea, sin duda, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiendo por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión...”.

⁶³⁵ Es famosa, en este sentido, la sentencia alemana del BGH de 16 mayo 1972, que condena a un médico que curó una infección con un viejo medicamento, una vez descubierta la penicilina.

del médico. En efecto, la mayor parte de los médicos se encuentran hoy día vinculados a servicios públicos o privados -Seguridad Social, sociedades sanitarias, seguros de enfermedad, etc.- en virtud de los cuales tienen obligación de atender a todos aquellos sujetos con derecho a gozar de esos servicios.

- Cuestión completamente distinta es la presentada por los casos de urgencia, en los cuales, a falta de una relación contractual, existe un auténtico deber de asistencia, impuesto no sólo por normas deontológicas, sino también por el Código Penal, (omisión del deber de socorro)⁶³⁶

- Una vez entablada la relación médico-paciente, nace un nuevo deber para el primero, subsumible en el grupo relativo a la asistencia: el de continuidad de la misma⁶³⁷. Comenzado ya el tratamiento, existe una obligación de continuar con el mismo. Es evidente que cuando la intervención se produce en situaciones de urgencia, o como consecuencia del deber de socorro, al cesar esta situación de emergencia, cesa todo deber para con el mismo, puesto que se ha puesto fin al deber de socorro urgente o a la obligación perentoria de prestar asistencia sanitaria.

- Otra cuestión es que de esa primera intervención nazca una relación contractual de servicios médicos. Pero esta hipótesis ya no difiere de cualquier otra en la que se concluya un contrato entre un médico y un paciente. En tal supuesto, ambos consienten libremente, y abandonar al paciente sin más constituye sencillamente un desistimiento unilateral del contrato por parte del médico con los consiguientes perjuicios para el enfermo, entre los que no deben olvidarse los de carácter moral o psicológico, tan decisivos, al parecer, en la curación de determinadas enfermedades.

- De todas formas, el médico no queda atado eterna e incondicionalmente por dicha relación existiendo determinadas circunstancias en las que cesa la obligación de asistencia: aparte de supuestos evidentes, como el mutuo disenso o la total curación del enfermo, no cabe hablar de abandono en los casos de fuerza mayor, o cuando el médico notifica su decisión de interrumpir la relación y bien se hace reemplazar por otro o bien informa al paciente de los peligros que corre si no busca quien le sustituya. En cuanto a la fuerza mayor -supuestos, por ejemplo, de enfermedad del médico, o encontrarse éste atendiendo una urgencia cuando se reclama su asistencia - no parece existir problema . De todas formas, cabe señalar la necesidad de que los centros hospitalarios tengan previstos estos casos mediante un sistema de suplencias, en evitación de perjuicios al paciente, puesto que precisamente ésta es una de las ventajas de tales organizaciones.

6.5.2.4.- Deber de certificación.

Existe un conjunto de situaciones en las que el médico está obligado a emitir documentos acreditativos de la realidad de ciertas situaciones. Es lo que se conoce como deber de certificación, que tiene como contrapartida el derecho del paciente, consagrado en la Ley General de Sanidad, a que "se le extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria" (art. 10.8). A efectos de responsabilidad, son fundamentalmente los penalistas quienes se han preocupado de este deber de certificación, puesto que su incumplimiento, en general, puede dar lugar a falsedades de una u otra índole.

⁶³⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La responsabilidad penal del médico por omisión", *La Ley*, 23 enero 1987.

⁶³⁷ S.T.S. 8 febrero 1949, que se refiere a la "continuidad característica" de los servicios propios del médico de cabecera, que debe atender el requerimiento del enfermo "en cualquier momento, de día o de noche, en días laborables o festivos".

6.5.3.- Bienes esenciales de la personalidad y derechos del paciente⁶³⁸

Hoy día no puede hablarse de deberes médicos sin traer a colación los derechos del paciente que con aquéllos se articulan. Las transformaciones del mundo sanitario en los últimos cincuenta años, superado el llamado “imperialismo médico”, y consagrado teórica y positiva el derecho a la salud han dado lugar a una profunda preocupación social, legislativa y doctrinal por los derechos del paciente. Éste se presenta como acreedor directo de un conjunto de deberes y obligaciones, cuyo deudor es muchas veces el propio Estado, la administración sanitaria y otras instancias, pero otras muchas será el médico. Con ello, la violación de los tradicionales deberes médicos va a suponer, inexorablemente, la vulneración de un derecho del paciente, que existe por su condición de tal, y no como mera consecuencia de su posición de acreedor en la relación contractual.

Entre las razones que hacen necesaria dicha preocupación por los derechos del paciente, según la Recomendación 779 (1976) de la Asamblea del Consejo de Europa sobre "derechos de los enfermos y los moribundos", pueden señalarse las siguientes:

- El perfeccionamiento de los medios médicos que tiende a dar al tratamiento un carácter cada vez más técnico y a veces menos humano.
- La situación de los enfermos, que pueden tener dificultades para defender ellos mismos sus intereses frente a las grandes organizaciones hospitalarias.
- La necesidad de definir con precisión y de forma adecuada para todos el derecho del enfermo a la dignidad y a la integridad, así como a la información y a cuidados apropiados.

Existe en nuestro país una verdadera declaración de derechos consagrada en la Ley General de Sanidad, en su art. 10, que a lo largo de sus 15 números contempla todo un elenco de Derechos que "todos tienen con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias".

6.6.- ALGUNAS ESPECIALIDADES MÉDICAS PECULIARES

6.6.1.- Experimentación y ensayos terapéuticos e investigación no terapéutica⁶³⁹.

⁶³⁸ GRACIA, D., “Los derechos del enfermo”, *Dilemas éticos de la medicina actual*, UPCM, Madrid, 1986.

⁶³⁹ Son numerosos los textos legales internacionales que se ocupan de estos problemas, y dan cobertura a cierto silencio de la mayor parte de los ordenamientos nacionales, principalmente tras la II G.M. La Declaración de Helsinki de 1964 de la Asociación Médica Mundial, modificada en Tokio en 1975, es punto de referencia obligado en estos temas, ya que recoge los principios fundamentales de todo acto experimental. Igualmente, son dignos de mención el Decálogo de Nuremberg de 1947, surgido como condena de los experimentos criminales nazis, la Declaración de Ginebra de 1948 y otros textos deontológicos de carácter internacional. También la U.E., a través de la Directiva del Consejo de 20 mayo 1975, se ha ocupado de los ensayos clínicos y de terapia experimental, así como de las especialidades farmacéuticas.

En España, sin perjuicio de la regulación de los transplantes de órganos y la ley sobre formas de reproducción asistida, que estudiaremos a continuación, la escasa e incompleta legislación sobre experimentación humana hace referencia a los ensayos clínicos a propósito de especialidades farmacéuticas. El 107 del Código de Deontología Médica español exige para la experimentación en el hombre sano su mayoría de edad, su consentimiento escrito, previa información de la naturaleza de la investigación, así como la garantía del derecho a interrumpir el ensayo en cualquier momento y de las oportunas condiciones de vigilancia.

Hay que tener en cuenta también la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donaciones y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, que pretende como señala su Exposición de Motivos, garantizar la libertad científica e investigadora, condicionándola, eso sí, a

La experimentación humana introduce conceptos extraños en la Medicina tradicional, que provocan nuevas dudas en la doctrina y jurisprudencia que se ocupan del Derecho médico de daños: prácticas no conformes al estado de la ciencia, intervenciones ajenas a la finalidad curativa, etc. Para centrar el objeto de estudio, que como indica el título del epígrafe, no es unitario sino múltiple, hay que distinguir dos grandes categorías dentro de lo que se conoce globalmente con el nombre de experimentación humana⁶⁴⁰, en función de que su finalidad tenga alcance terapéutico o meramente científico.

Así, junto a aquellos tratamientos médicos que utilizan para curar al enfermo métodos clásicos y comúnmente aceptados, y sometidos a los principios generales de responsabilidad anteriormente expuestos, existen otros dos tipos de actividades médicas a tener en cuenta: Por una parte, el tratamiento experimental, que consiste en tratar al enfermo con la ayuda de métodos nuevos, principalmente, si no exclusivamente, con fines terapéuticos. Es lo que podemos denominar *experimentaciones o ensayos terapéuticos*. Y por otra, la investigación consistente en tratar al paciente -enfermo o no- recurriendo a métodos y medicamentos nuevos, pero por motivos puramente científicos. Cabe hablar entonces de *experimentación con fines de investigación o no terapéutica*.

Tanto en los ensayos terapéuticos como en la investigación científica y no terapéutica, se plantea como cuestión básica el problema de su licitud, que nuevamente concita consideraciones de orden ético y jurídico. La cuestión ha devenido más notoria y polémica en los últimos tiempos, tanto por la frecuencia con que se realizan tales experimentos, como por la trascendencia de sus consecuencias, dados los medios con que la ciencia cuenta en los últimos tiempos. El espectacular progreso de las ciencias biomédicas hace cada vez más necesaria la experimentación de nuevas técnicas hasta hace poco desconocidas. La lucha de la humanidad contra el cáncer y las enfermedades cardiovasculares, así como la investigación genética, serían probablemente vanas sin el concurso de ciertas experiencias sobre radioterapia, quimioterapia cancerosa, cirugía cardiovascular o el descifrado del código genético⁶⁴¹. Indudablemente, existe un conflicto de valores, de bienes jurídicos en todo acto de experimentación, pues intervienen por una parte los derechos de la personalidad a la vida y la integridad física, o si se prefiere, el valor consagrado constitucionalmente de la salud individual. Y, por otra parte, un valor público, el progreso de la ciencia médica, en beneficio de la humanidad, o en otras palabras, la salud colectiva. Y desde el punto de vista individual, además de la inviolabilidad de la persona aludida, se pone en juego también el principio

valores constitucionales tales como la protección del cuerpo y de la vida, la capacidad de decisión del afectado y la dignidad humana.

⁶⁴⁰ Sobre el tema, VIGNOCCHI, G., "Aspetti giuridici della sperimentazione e utilizzazione degli psicofarmaci nel quadro della legislazione e della deontologia sanitaria", *R.T.D.P.C.*, 1972, II, págs. 1.561 y ss.; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., págs. 233 y ss.; DE VICENTIIS ZANGANI, "Sulla liceità e sui limiti della sperimentazione sull'uomo", *G.P.*, 1968, I, págs. 323 y ss.; BELLELI, A., *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Cedam, Padova, 1983, págs. 11 y ss.; BARNI-DELL'OSO, "I diritti del soggetto nella sperimentazione e nella práctica medica: aspetti medico legali", *Responsabilità e progresso medico*, cit., págs. 32, 33 y 37; BASQUIN, J.L., "L'expérimentation sur les humains: un conflit de valeurs", *L'expérimentation sur les humains: un conflit de valeurs*, *L'expérimentation sur les humains: un conflit de valeurs*, cit., págs. 236 y ss.; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil*, cit., págs. 354 y ss.

⁶⁴¹ Igualmente, la psicofarmacología, a partir del descubrimiento de los llamados tranquilizantes, hacia 1950, dado el ritmo y las características del hombre moderno, se encuentra actualmente en pleno y constante desarrollo.

de la autonomía privada, en sus dos aspectos de posibilidad de decidir sobre uno mismo, e imposibilidad de que terceras personas decidan en lugar del sujeto.

Cuando se trata de ensayos terapéuticos, dichos valores pueden no ser necesariamente contrapuestos, dado que si el nuevo tratamiento muestra resultados positivos en el proceso de enfermedad del paciente al que se le aplica, indudablemente se habrá producido un beneficio a la salud colectiva. Es decir, la consecución de un determinado avance en la ciencia médica, no implica necesariamente una vulneración en la salud o la integridad física del sujeto, cuando la finalidad del experimento es la curación de éste. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, dado que el resultado del tratamiento experimental no se conoce hasta después de su aplicación, y por tanto, si bien no necesariamente se vulneran los derechos individuales del paciente, al menos sí se ponen en peligro.

Si el experimento, por el contrario, no persigue una finalidad terapéutica específica, indudablemente entran en conflicto abierto los expresados valores, con los consiguientes problemas de licitud, y las limitaciones y requisitos que los mismos implican. Efectivamente, no puede hablarse de una preeminencia de la salud colectiva sobre la individual. En tales casos, y aunque el efecto inmediato del tratamiento pueda menoscabar determinados derechos individuales, es innegable la plena coincidencia de los mismos con los intereses colectivos⁶⁴². Ello nos llevará a la exigencia escrupulosa del consentimiento del sujeto.

No puede dudarse, así, de la licitud jurídica en abstracto de la actividad experimental realizada sobre el hombre, y como tal se admite - en cuanto que no está prohibida - en todos los ordenamientos. El problema está en determinar los límites de tal experimentación y establecer las garantías de los sujetos que se someten a ella. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, en general y sin perjuicio de las limitaciones y requisitos tanto objetivos como relacionados con el consentimiento que en seguida comentaré, se puede concluir que cuando el experimento se dirige a lograr la curación del paciente, o una mejoría en su estado de enfermedad, no hay obstáculos para aceptar su licitud. Se entiende que existe la previsión de un margen razonable de éxito de acuerdo con las condiciones específicas del paciente, y con anteriores experimentos de laboratorio, con animales, etc., y que los tratamientos convencionales han mostrado ya su ineficacia para salvar la situación del enfermo. Se trata, en definitiva, de que exista una razonable proporcionalidad entre el riesgo que supone el nuevo experimento y el beneficio que se espera obtener en la salud del paciente.

Sin embargo, en la *experimentación no terapéutica* los argumentos para sostener la licitud, así como los requisitos que el acto médico debe reunir, son más controvertidos. No han faltado voces contrarias a la licitud de tales investigaciones, y que afirman que la única justificación de la vulneración de la integridad física o la dignidad humana que implica el acto médico es su finalidad curativa. No obstante, este tipo de experimentación satisface una necesidad pública importante, lo que obliga a encontrar una justificación para la misma. Dado el conflicto de valores colectivos e individuales tantas veces mencionado, es la costumbre la que permite un margen de licitud a determinadas experiencias no terapéuticas, en contra de los derechos de la personalidad. Lo que puede suponer la admisión de una costumbre *contra legem*, que en

⁶⁴² En el caso de las vacunaciones obligatorias, el interés del sujeto a ser inmune a una enfermedad, coincide con el interés colectivo a prevenir la difusión de la enfermedad misma.

el ordenamiento común nunca podría legitimar un atentado contra la persona humana. Iría en contra del art. 10 de la Constitución y del art. 1 del C. Civil.

Cuando el experimento afecte a derechos inviolables de la personalidad, es necesario, efectivamente, negar su licitud. Ello no impide la posibilidad de que gran parte de las experiencias no terapéuticas estén dentro de los límites de disponibilidad que para estos derechos se establecen (fundamentalmente, en las Declaraciones de Helsinki y Tokio), y cuya determinación será la clave para afirmar si son lícitas o no, por lo que pasamos a enumerarlos:

1º) Respeto de los principios morales y científicos que justifican la investigación en Medicina, lo que comporta la existencia de exámenes y ensayos previos de laboratorio, sobre animales, o cualquier otro procedimiento científicamente establecido.

2º) Las personas que efectúen el experimento han de poseer cualificación científica reconocida, y actuar bajo la supervisión de un médico igualmente competente.

3º) Relación proporcionada entre el objetivo del experimento y el riesgo al que se expone el sujeto.

4º) Prudencia extrema al emprender experimentos que puedan alterar la personalidad del sujeto.

5º) Consideración muy especial de las características del sujeto, con las máximas garantías en caso de incapacidad natural o legal, y otras circunstancias de índole psicológica y ambiental.

6º) Respeto absoluto de las reglas establecidas en materia de consentimiento e información al sujeto del experimento.

En efecto, el principio del consentimiento informado adquiere en este tipo de actividades médicas una relevancia suma, en razón de la trascendencia de los intereses en consideración, bienes esenciales de la personalidad, sin que, en gran número de supuestos, pueda acudirse a aquella otra causa de justificación de la actividad clínica sobre el cuerpo humano que venía dada por el estado de necesidad, por el conflicto de valores al que ya nos hemos referido. Ese carácter esencial del consentimiento exige un conjunto de garantías con objeto de asegurar su libertad, espontaneidad, así como el grado de conocimiento y conciencia con que es otorgado. Sobre la base del principio general ya señalado de que ningún acto médico puede realizarse contra la voluntad del paciente, la fundamental garantía de todo acto experimental reside en el consentimiento, única e imprescindible condición subjetiva legítimamente del mismo.

No resulta admisible la opinión sostenida por algunos según la cual el consentimiento para actividades experimentales de naturaleza terapéutica está implícito en el consentimiento genérico prestado por el paciente, a diferencia de las experiencias no terapéuticas, en las que sí sería necesario un consentimiento específico. Y no es admisible porque la actividad experimental, incluso aquella que persigue una finalidad terapéutica, se caracteriza por la incertidumbre de su resultado, y por una importante agravación del riesgo, que debe ser asumido inexcusadamente por el paciente, sin que pueda sustituirse por una manifestación de voluntad realizada genéricamente, sobre la base de un riesgo inferior y de una previsión en cuanto a las consecuencias positivas y negativas del tratamiento completamente distinta.

Además de los requisitos generales de todo consentimiento, carente de vicios de error, dolo, violencia o intimidación, insiste la doctrina en su libertad y espontaneidad, cuando va referido a la actividad experimental, lo que obedece a la gran facilidad que ofrecen determinadas situaciones para arrancar al paciente un consentimiento no enteramente libre, y al riesgo que presentan socialmente el hecho de que se realicen experimentos humanos en contra de la voluntad de los sujetos sometidos a los mismos. Como consecuencia del mencionado requisito de libertad del consentimiento, deriva una serie de exigencias previas al mismo, entre las que destaca especialmente la información que debe recibir el sujeto con anterioridad a la emisión de un consentimiento dirigido a la realización de actos experimentales sobre su cuerpo. Se trata de que el paciente sea plenamente consciente de la importancia y alcance del experimento, así como de los riesgos inherentes al mismo. Para ello, debe ser informado de la naturaleza, medios a emplear y fines que se persiguen, así como de las consecuencias sobre su integridad física y su salud, y dicha información debe tener en cuenta las especiales condiciones individuales del que va a prestar su consentimiento, además de reunir aquellos requisitos de claridad y susceptibilidad de ser comprendida por el sujeto que se predicaban de toda información previa al consentimiento médico general.

La necesidad de tales informaciones en la actividad experimental es del máximo rigor, de modo que las posibles excepciones o matices al principio general se reciben con gran reticencia. No cabe admitir, por tanto, una renuncia de la persona sometida al experimento a ser informada, pues sería tanto como renunciar a su libre arbitrio, aparte de resultar contraria a los principios reconocidos de la deontología médica y al art. 6 CCI, con los límites que establece para la renuncia de los derechos subjetivos. Así mismo, tampoco es aceptable la experimentación sobre personas enfermas que no están en condiciones de prestar consentimiento en virtud de que la información, dadas las circunstancias del caso, se considera contraria a los intereses del paciente, ya sea porque la información pueda influir directamente de forma negativa sobre el estado de salud del paciente, ya sea porque pueda perjudicar los resultados del experimento y, por tanto, los intereses del propio enfermo.

Además de la información, para la validez del consentimiento se requiere, como es lógico, la capacidad del sujeto que lo emite, que en principio será la del mayor de edad no incapacitado o menor emancipado (con la duda del emancipado tácito o de hecho), como vimos en el lugar oportuno. Por lo tanto, no es posible la experimentación sobre menores o incapaces, o, en definitiva, sobre aquellos que no pueden prestar consentimiento según el art. 1.263 del C. Civil, al menos cuando la actividad científica no persigue un objetivo terapéutico en la salud o integridad física del sujeto individualmente considerado. Cuestión distinta es que el acto experimental se verifique como *extrema ratio* en pacientes "incurables", como último intento de salvar una vida, supuesto excepcional que no requiere consentimiento, en virtud del estado de necesidad. No es otra cosa que la aplicación del principio de proporcionalidad entre los riesgos asumidos y los beneficios esperados, tantas veces mencionado. Nuevamente es el interés del enfermo el que se hace primar en estos casos.

La responsabilidad del médico en este tipo de actividades, ha de proceder o bien de un acto u omisión contrarios a la *lex artis*, como en toda culpa médica, o bien de la ausencia o incorrección del consentimiento prestado para tal intervención experimental. En el primer caso, y en el supuesto de ensayos terapéuticos son dos los aspectos a tener en cuenta para determinar la existencia de una culpa médica: en primer lugar, si el

procedimiento experimental que se aplica es adecuado -sin perjuicio de los riesgos inherentes a todo ensayo- o totalmente fuera de lugar, e incluso si el médico debía haber aplicado el nuevo procedimiento con mayores posibilidades de éxito. En segundo término, si se han seguido las reglas de conducta propias de la *lex artis*, que en ausencia de legislación clara y específica al respecto, pueden reconducirse al cumplimiento de los principios de la Declaración de Helsinki expuestos.

6.6.2.- Los transplantes de órganos⁶⁴³

La conocida como cirugía sustitutiva, tras unos primeros años de desarrollo, alcanza en nuestros tiempos un nivel de generalización muy importante, y abre a la ciencia médica posibilidades terapéuticas que en cierto modo han revolucionado los planteamientos de la Medicina tradicional. Se trata de una modalidad quirúrgica constituida principalmente por la inserción en el organismo enfermo o disminuido de determinados cuerpos extraños a él, que pueden ser artificiales - válvulas, siliconas, marcapasos, etc. o naturales - órganos, tejidos y glándulas-, de origen normalmente humano, técnica conocida generalmente como injerto o transplante.

Hoy día, y como principio general, no parece ofrecer dudas la licitud de la actividad quirúrgica sustitutiva, justificada, como es lógico, en la positiva valoración de los intereses en juego⁶⁴⁴. Se consideran causas suficientes para asumir los riesgos que el transplante comporta, la salvación del prójimo, la defensa de la vida, etc. Por otra parte, frente a la *pietas familiar*, están los intereses sagrados de la vida humana o la integridad física. Lo cual no quiere decir que los transplantes de órganos sean absolutamente asimilables a cualquier otra actividad médica, por dos razones fundamentales:

1º.-Primero, porque determinadas intervenciones encaminadas a la implantación de órganos ajenos en el cuerpo del paciente han de calificarse como novedosas científicamente, o como auténticos ensayos clínicos terapéuticos. En este sentido, han de someterse a los criterios objetivos y subjetivos que ya se han expuesto en el epígrafe anterior, para evitar el nacimiento de una culpa médica, sin perjuicio de que en este supuesto existe una legislación específica que en buena medida delimitará el "listón" de la licitud del acto, como veremos.

2º.- Segundo y refiriéndonos únicamente a aquellos transplantes en que el órgano se extrae del cuerpo de un cedente vivo, hay que tener en cuenta una tarea previa a la implantación del órgano en el paciente, cual es la extracción del órgano del cuerpo de una persona sana, actividad que, no obstante la mejoría en el estado de salud del

⁶⁴³ Pueden verse, entre otras, las obras de MANTOVANI, "I trapianti...", *cit.*; EICHHOLZ, J., "Die Transplantation von Leichtteilen aus zivilrechtlicher Sicht", *N.J.W.*, 1968, págs. 2.272 y ss.; BARNIDELL'OSO-NORELLI, "Aspetti medico legali dei trapianti d'organo in ordine alla istocompatibilità", *Responsabilitá e progresso medico*, *cit.*, págs. 43 y ss.; RUIZ VADILLO, E., "El transplante de órganos y el Ordenamiento jurídico español", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 777, 1968; TODOLI, J., *Etica de los transplantes*, Salamanca, 1968; REYES MONTERREAL, J.M., "Problemática jurídica de los transplantes de órganos", *R.G.L.J.*, 1969, págs. 404 y ss.; KUMMEROW, G., *Perfiles jurídicos de los transplantes*, Mérida (Venezuela), 1969; ROMEO CASABONA, *Los transplantes de órganos*, *cit.*; Id., "La Ley de Transplantes y sus repercusiones sociales", *La Ley*, 1982, 1, págs. 784 y ss.; MORENO LUQUE CASARIEGO, C., "Consideraciones sobre la Ley de Transplantes de órganos de 27 de octubre de 1979 y el Reglamento que la desarrolla de 22 febrero 1980", *La Ley*, 1984, 1, págs. 1.162 y ss.; LUTTGER, H., *Medicina y Derecho Penal*, trad. esp. de Bacigalupo, Edersa, Madrid, 1984, págs. 111 y ss.; Ministerio de Sanidad, *Aspectos jurídicos y médico legales en la donación y extracción de órganos para transplantes*; ARROYO URIETA-FERNÁNDEZ SANROMÁN "Aspectos médico-legales de la extracción y transplantes de órganos", *A. C.*, 1987, núm. 31, págs. 1.871 y ss.; GORDILLO CAÑAS, "Transplantes de órganos, *pietas familiar y solidaridad humana*", *cit.*

⁶⁴⁴ Sobre el fundamento de su aceptación, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, págs. 43 y ss.

receptor, es indudable que no sólo no produce un beneficio en la salud del donante, sino que se dirige a la privación de un órgano, con los perjuicios consiguientes⁶⁴⁵. Es menester, por tanto, establecer un límite en la tolerabilidad de ese perjuicio para evitar que la cesión de un órgano equivalga a la realización de un acto dispositivo de dudosa licitud, control que, como veremos, verifica la vigente legislación sobre transplantes. Desde el punto de vista teórico, el límite normal de la licitud está en la ausencia de riesgo para la salud del donante, A salvo situaciones heroicas, en que se puede arriesgar la salud para darla a otra persona. Su licitud se medirá, en estos casos, por las personas perjudicadas a causa de la donación (por ejemplo, hijos, esposo o personas que pueden o depender económica humanamente del cedente). Nada impide que, heroicamente, se comprometa la propia salud en beneficio de otra persona donataria, pero jurídicamente, al menos, el límite está en los intereses vitales lesionados con la donación, de personas que dependen del donante.

Tras estas consideraciones generales, y en vista de que, excepcionalmente, en este punto contamos con disposiciones legales bastante minuciosas, a los efectos de responsabilidad que aquí nos interesan, nada mejor que analizar el contenido de las mismas, para conocer las obligaciones que surgen para el médico o médicos intervenientes, cuyo incumplimiento dará lugar a la existencia de responsabilidad.

Mientras los transplantes de órganos procedentes de donante vivo, salvo las transfusiones de sangre, no encontraron regulación legal en España hasta la vigente Ley de 27 octubre 1979, la extracción y transplante de órganos de donante fallecido estuvo regulada por la Ley de 18 diciembre 1950, objeto de no pocas críticas en la doctrina. La vigente está desarrollada por el Reglamento de 30 de diciembre de 1999 (RD 2070/1999), derogatorio del de 22 febrero 1980⁶⁴⁶. Los principios fundamentales de esta normativa son los siguientes:

- 1) Finalidad terapéutica del transplante. Si bien, en el caso de cedente fallecido, el art. 5.2 de la ley admite los fines "científicos".
- 2) Gratuidad de la donación y arbitrar de los medios necesarios para evitar que la intervención resulte gravosa para el donante vivo o la familia del fallecido. Principio que no impide, sin embargo, que el receptor, si conoce al donante, le haga donación de algo. El agradecimiento y su expresión no puede nunca impedirse por ninguna ley, que sería en la práctica inoperante.
- 3) Autorización de la autoridad sanitaria competente de la Comunidad Autónoma correspondiente a los centros que pueden efectuar la extracción de órganos.
- 4) Consentimiento escrito, expreso, libre y consciente del donante vivo, que ha de ser mayor de edad.
- 5) Para la extracción de órganos a fallecidos basta la inexistencia de constancia expresa de su oposición.
- 6) Consentimiento escrito del receptor o de sus representantes si es menor o incapaz.

⁶⁴⁵ ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 110.

⁶⁴⁶ Existen además otras normas complementarias, como la Orden de 23 abril 1980, sobre homologación de autorizaciones para la obtención, preparación y utilización para injertos y transplantes de órganos y tejidos humanos, la Resolución de 27 junio 1980 sobre Organización Nacional de Transplantes y laboratorios de diagnóstico e histocompatibilidad, la Resolución de la misma fecha que desarrolla el mencionado Reglamento de 22 febrero 1980, la Orden de 25 agosto 1980 que crea la Comisión Asesora de Transplantes de órganos, la Orden de 15 abril 1981 sobre obtención de globos oculares de fallecidos, bancos de ojos y realización de transplantes de córnea (queratoplastías), etc.

7) En cuanto al límite en el perjuicio admisible en la salud o integridad física del cedente vivo, al que ya nos hemos referido, la legislación obliga a que la extracción sea compatible con su vida y no disminuya gravemente su capacidad funcional, o al menos previsiblemente reúna tales características.

8) La ley excluye expresamente de su ámbito de aplicación la utilización terapéutica de la sangre humana y sus derivados, cuya reglamentación, sin embargo, ha de inspirarse en sus propios principios informadores⁶⁴⁷.

Veamos, por último, y de forma esquemática, los requisitos que la legislación articula pormenorizadamente, para la realización de un trasplante:

1) En cuanto al centro sanitario donde se realiza la extracción del órgano, ha de tener autorización expresa de la autoridad sanitaria competente de la Comunidad Autónoma correspondiente y reunir los requisitos de los artículos 11.2 y 12.2 del RD 2070/1999, según sean centros de extracción de órganos de donantes vivos o fallecidos.

2) Respecto del receptor se exige, además de que sea consciente del tipo de intervención: a) Que sea informado de los riesgos y beneficios que la intervención supone, así como de los estudios que sean técnicamente apropiados al tipo de trasplante. b) Que otorgue su consentimiento previo a la intervención, consentimiento que sigue las líneas generales establecidas para el donante vivo (libre, expreso y escrito), con la particularidad de que puede manifestarlo su representante legal si es menor de edad o sufre déficit mental.

3) En lo concerniente al donante, la Ley y el Reglamento distinguen si éste es vivo o fallecido:

a) Para la extracción de órganos de donante vivo, los arts. 4 de la Ley y 9 del Reglamento exigen:

- Que sea mayor de edad, lo que incapacita plenamente a los menores para donar órganos⁶⁴⁸ “aun con el consentimiento de los padres o tutores”.

- Que goce de plenas facultades mentales.

- Que haya sido plenamente informado de todas las consecuencias de su decisión, en el orden somático, psíquico y psicológico, y en su vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que se esperan obtener en la salud del receptor.

- Que otorgue su consentimiento expreso, libre, consciente y por escrito, ante el juez encargado del Registro Civil.

- Que transcurran al menos veinticuatro horas entre la firma de dicho documento y la extracción, en cuyo plazo el donante puede revocar su decisión sin

⁶⁴⁷ Es voluminosa la legislación existente en torno a la utilización terapéutica de la sangre humana. Baste citar, entre las disposiciones más importantes, la Orden de 29 octubre 1971 sobre creación y organización de las Hermandades de Donantes de Sangre de la Seguridad Social, el R.D. 9 octubre 1985 que regula la hemodonación y los bancos de sangre, la Orden de 4 diciembre 1985 que dicta las normas para el desarrollo y aplicación de mencionado R.D., la Orden de 16 octubre 1978 por la que se crea la Junta Nacional de Hermandades de Donantes de Sangre de la Seguridad Social, así como las que se dirigen específicamente a la prevención del SIDA, entre las que destaca la Resolución de 6 septiembre 1985, que declara obligatoria la prueba de detección de anticuerpos frente al virus asociado a la linfadenopatía tipo III de virus linfotrópico humano, asociado al Síndrome de inmunodeficiencia Adquirida, por las industrias fraccionadoras de plasma y los fabricantes e importadores de hemoderivados.

⁶⁴⁸ La Disp. adic. 2 del Regl. de 1980 hacía una salvedad, según la cual, “dadas las características biológicas de la médula ósea, los menores de edad pueden ser donantes, previa autorización de sus padres o tutores”, posibilidad ha sido calificada por DÍEZ PICAZO-GULLÓN como “de legalidad más que dudosa”. Sin embargo, y por ejemplo en Francia, el art. 3 del Decreto de 31 marzo 1978 permite que el representante legal preste su consentimiento, en sustitución del menor donante, cuando el receptor del órgano que se pretende extraer es hermano del mismo. Respecto del donante menor de edad, puede verse MORENO LUQUE CASARIEGO, *op. cit.*, págs. 1.164 y 1.165.

formalidad alguna y sin que ello suponga el nacimiento de ningún tipo de obligación de indemnizar.

-Que el órgano extraído se destine a persona determinada y anónima, con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida. Con el primero de estos dos requisitos se garantiza la finalidad terapéutica del transplante. El segundo trata de excluir la posibilidad de donaciones condicionadas al transplante a una determinada persona⁶⁴⁹.

b) Para la obtención de órganos y piezas anatómicas de personas fallecidas, se requiere:

- La comprobación y certificación de la muerte que, de acuerdo con el anexo I del Decreto, se basa en la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorespiratorias (muerte por parada cardiorespiratoria) o de las funciones encefálicas (muerte encefálica).

- Que el fallecido no haya dejado constancia expresa de su oposición, lo que equivale a una presunción de consentimiento tácito. Ello obliga a los centros autorizados para la extracción a adoptar determinadas normas de régimen interno en cuanto a información de dicha regulación a los pacientes que ingresen, constancia de la oposición, etc.

6.6.3.- Anestesiología y reanimación⁶⁵⁰

Pocas especialidades médicas han dado lugar a tantos supuestos de responsabilidad médica como la anestesiología y reanimación. Y si se tiene en cuenta que la aparición de tal especialidad es muy reciente en toda la evolución histórico-práctica de la Medicina⁶⁵¹, dado que la anestesia antiguamente era administrada por estudiantes o por enfermeros bajo la dirección del cirujano, el aumento en el tiempo de la cifra de esos supuestos es realmente vertiginoso⁶⁵².

⁶⁴⁹LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 48, señala la incongruencia de dicho principio al permitir que se done a un extraño y no a un hijo, por ejemplo. Razón por la cual, en la práctica se está permitiendo la realización de trasplantes entre personas unidas por vínculos de sangre, lo cual además incrementa las posibilidades de éxito de la intervención. También, MORENO LUQUE CASARIEGO, *op. cit.*, pág. 1.166.

⁶⁵⁰Sobre el tema hay alguna bibliografía monográfica. Aparte de la que iremos citando, puede verse GUTIERREZ GOICOECHEA y HOYUELA JIMENEZ, *op. cit.*, págs. 288 y 289; ADDISON y BAYLIS, "Aspectos médico-legales de la anestesia general", *Práctica clínica*, II, Salvat, Barcelona, 1975; WEISSAUER, "La anestesia y la ley", *Tratado de Anestesiología, Reanimación y Tratamiento intensivo*, Salvat, Barcelona, 1976; LLAMAS VALBUENA, E., "La responsabilidad profesional en anestesiología y reanimación", *Revista Española de Anestesiología y Reanimación*, Junio, 1981, págs. 2 y ss.; ID., "Criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad penal del profesional de la medicina", *Revista Española de Anestesiología y Reanimación*, 1985, págs. 73 y ss.; KEATS, A.S., "Papel de la anestesia en la mortalidad quirúrgica", *Complicaciones en anestesia*, Salvat, Barcelona, 1986; LLAMAS POMBO, E., Voz "Anestesista", en *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

⁶⁵¹En España, el art. 4 de la Ley de 20 julio 1955 sobre Enseñanza, Título y Ejercicio de las Especialidades Médicas ya recogía la anestesiología entre las mismas. Por lo demás, la disposición vigente en la actualidad sobre la materia, el R.D. 127/84, de 11 enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista, en su anexo, recoge la Anestesiología y Reanimación entre las especialidades que requieren básicamente formación hospitalaria.

⁶⁵²Pueden verse extensos datos estadísticos sobre litigiosidad en la práctica de la anestesia en todos los países europeos, en AA.VV. *Legal Aspects of Anaesthesia, European Academy of Anesthesiology*, 1989. Tales datos, y los que habitualmente manejan las compañías aseguradoras de todos los países, a la hora de calcular sus riesgos para cubrir la responsabilidad civil profesional, alcanzan cifras significativamente elevadas, si se comparan con la incidencia de la responsabilidad profesional en otras especialidades médicas.

A parte la gravedad de las consecuencias dañosas (a menudo letales) que suelen acompañar a los supuestos de culpa anestesiológica, son básicamente dos los factores que explican tal virulencia en todas las estadísticas que existen sobre responsabilidad del anestesista:

1º) Por una parte, la anestesiología y reanimación, como se ha señalado, paga el precio de un alto porcentaje de posibles complicaciones, derivadas del estado del enfermo, la elección de agentes y técnicas anestésicas, que siempre suponen una intoxicación reversible y controlada lo que conlleva un elevado nivel de riesgo, que en muchas ocasiones es de difícil valoración. Por citar algún ejemplo, se manejan datos de mortalidad *por narcosis* (distinta, claro está, de la mortalidad *en estado de narcosis*) de 1/2680.

2º) De otro lado, la anestesia y reanimación hace posible la realización de intervenciones quirúrgicas particularmente largas y delicadas. Para ello combina el mantenimiento de la integridad de las constantes y funciones del enfermo, con la privación total o parcial de la sensibilidad, especialmente de la sensibilidad táctil, con el objeto de evitarle dolor y sufrimiento, y de hacer posible la intervención sin forcejeos ni movimientos bruscos que puedan serle sumamente perjudiciales.

De ello se deduce la más específica característica de la especialidad que nos ocupa: la anestesia nunca supone un fin en sí misma, sino un medio necesario para la realización de otros actos médicos, particularmente quirúrgicos. Y, por esta razón, el anestesiólogo desempeña la mayor parte de sus actividades al lado de otros especialistas y profesionales.

Ello plantea, desde el punto de vista médico, el problema de determinar qué papel juega la anestesia en la siniestralidad y mortalidad quirúrgicas y, desde el punto de vista jurídico, la distribución de la responsabilidad entre el anestesiólogo y los restantes miembros del equipo quirúrgico, así como la articulación de las relaciones cirujano-anestesista. En otras palabras, un buen número de litigios sobre responsabilidad del anestesiólogo derivan de la siempre difícil distinción entre “lesiones o muerte *por anestesia*” y “lesiones o muerte *bajo anestesia*”.

En todo caso, tal especialidad médica no representa una excepción a las reglas generales de la responsabilidad médica. Y por tanto, hay que partir de que las obligaciones del anestesiólogo han de caracterizarse como *obligaciones de medios*, pues ningún autor ha incluido las mismas entre las especialidades y actividades médicas que, excepcionalmente, constituyen obligaciones de resultado. Ciertamente, algún autor ha incluido la anestesiología entre los “supuestos dudosos”, sobre el argumento de que la finalidad inmediata (el resultado) de la actividad anestesiológica no es la curación del enfermo, sino servir de medio a otra especialidad. Tampoco ha faltado alguna sentencia (en Argentina, Cam.Nac.Civ., Sala C, L.L.1983-B.314) que, con manifiesto desconocimiento de los datos y estadísticas que maneja la moderna ciencia médica, estima que en la anestesia no existe *alea* grave y que no es más que un método complementario y estereotipado, frecuente y sencillo. Sin embargo, ya se ha dicho que “la *ratio* de que una obligación sea de medios o de resultado no depende de que sirva a otra o no, sino de que en la realización de tal actividad exista un *alea* que impida la conexión de dicha actividad con el resultado preseguido”. De hecho, se trata de una

especialidad particularmente peligrosa, con reacciones (hoy) imprevisibles, y descritas estadísticamente⁶⁵³.

Uno de los problemas específicos de la responsabilidad del anestesiólogo viene dado por el reparto de responsabilidad y por la designación del sujeto responsable, cuando los daños se irrogen al paciente en el transcurso de un acto médico en el que intervienen diversos profesionales. Problema que sólo se plantea a partir de la moderna concepción de la anestesiología y reanimación como auténtica especialidad médica, relativamente reciente, pues cuando la anestesia era practicada por auxiliares del médico cirujano, al servicio de éste, era de aplicación la doctrina de la responsabilidad del médico (cirujano, jefe de quirófano...) por hecho de tales auxiliares. Sin embargo, hoy día, no puede hablarse de subordinación entre cirujano y anestesista, al menos de modo general, sino que las actividades de ambos especialistas confluyen en el acto médico, en pleno de igualdad. Y existen actividades que competen a la exclusiva responsabilidad del anestesiólogo⁶⁵⁴.

Por tanto, sólo existirá responsabilidad civil del anestesiólogo, y ésta será íntegramente imputable a él, cuando el olvido o menoscropio de la *lex artis* en que consiste toda culpa médica, y que origina los daños al paciente, consiste precisamente en un incumplimiento o defectuoso cumplimiento de esas actividades que constituyen el cometido propio de la especialidad. Y tal afirmación, tendente a dilucidar si existe o no responsabilidad, o en todo caso, a designar el sujeto responsable, no puede verse oscurecida por otros planteamientos atinentes a la naturaleza contractual o extracontractual de aquella responsabilidad, y que deben ser analizados (lógica, cronológica y mododológicamente) con posterioridad⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Dice la STS 22 abril 1988 que “la anestesia general implica graves riesgos que la medicina y la cirugía no han podido, pese a los innegables progresos científicos, desarraigar, dándose un porcentaje sensible de fallecimientos consecutivos a dichas intervenciones”.

⁶⁵⁴ A título enunciativo, y según el *American Board of Anesthesiology*, competen al anestesiólogo en exclusiva las siguientes actividades:

- a) Proporcionar insensibilidad al dolor durante procedimientos quirúrgicos, obstétricos, terapéuticos y diagnósticos y cuidar de los pacientes sometidos a ellos.
- b) El control y la restauración de la homeostasis en el paciente críticamente enfermo, traumatizado o en cualquier otra situación grave.
- c) El diagnóstico y el tratamiento de síndromes dolorosos.
- d) El tratamiento clínico y la enseñanza de la reanimación cardiaca y pulmonar.
- e) La evaluación de la función respiratoria y la administración de terapia respiratoria en todas sus formas.
- f) La supervisión, la enseñanza y la evaluación del trabajo del personal médico y paramédico implicado en la anestesia y en los cuidados intensivos y respiratorios.
- g) La gestión de la investigación en ciencias clínicas y básicas para ampliar y mejorar el cuidado de los pacientes en relación con su fisiología y su respuesta a fármacos.
- h) La participación en la administración de hospitales, facultades de Medicina y unidades de tratamiento ambulatorias, necesaria para el cumplimiento de estas finalidades.

⁶⁵⁵ En efecto, algún autor (GONZALEZ MORÁN, L., *Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesiista*, *La Ley*, 1989, 783) inicia el estudio del problema a partir del hecho de que existe un contrato paciente-anestesiista, o que sólo haya contratado con el cirujano. Y concluye que en este último supuesto, si el paciente no recibe mención acerca del anestesiólogo en concreto que le va a intervenir, el cirujano responde ante el enfermo de los actos dolosos o culposos del anestesiista. Lo que a mi juicio (voz “Anestesiista”, cit., pág. 413) resulta insostenible, pues con tal argumentación el anestesiólogo será declarado responsable no en virtud de su posible culpa o negligencia - que parece lo normal y, sobre todo, lo justo -, sino en razón de la virtual existencia de una relación contractual con el paciente o, lo que parece todavía más grave, dependiendo de que el cirujano haya especificado o no al paciente su nombre y apellidos. Lo coherente es atribuir a uno y otro especialista la responsabilidad correspondiente, y sólo

El principio de confianza debe presidir en todo momento las relaciones operador-anestesista. Así, cada uno de ellos se concentra plenamente en su tarea, con el consiguiente beneficio para el paciente. El anestesista sólo está sujeto a las instrucciones del cirujano en cuanto a la duración de la intervención o la zona a anestesiar. Por lo demás, existe una división del trabajo: el cirujano se ocupa de la intervención quirúrgica propiamente dicha, y el anestesista tiene la responsabilidad del método de anestesia, elección del procedimiento utilizado, previo examen anestesiológico, pretratamiento, examen posterior y postratamiento, así como del mantenimiento y restablecimiento de las funciones vitales.

No obstante, son frecuentes y, por otra parte, lógicas, las controversias entre operador y anestesista, acerca de determinados aspectos⁶⁵⁶. Centrémonos en el más problemático: el del paciente que, a juicio del cirujano, necesita la intervención quirúrgica (por ejemplo, una prótesis de cadera), pero según el parecer del anestesiólogo, tras el examen preanestésico (por ejemplo, en razón de su senilidad), no está en condiciones de someterse a tal operación. Nuevamente hay que acudir al principio de confianza entre ambos, de forma que, una vez señalados por el anestesista los riesgos que entraña la anestesia para el paciente, así como las posibilidades de éxito de la intervención y las consecuencias que implica el no llevarla a cabo por el cirujano, este último debe tomar la decisión. De todas formas, si la solución del operador conlleva errores evidentes, debe el anestesista ponerlos de manifiesto, o incluso negarse a intervenir, con lo cual la responsabilidad de este último puede considerarse salvaguardada. Porque, con independencia de que la decisión de intervenir la adoptase el cirujano, aun a pesar de las objeciones del anestesiólogo, si en el transcurso de la operación se genera un daño, y es debido a causas relacionadas con la anestesia, el responsable único será dicho anestesista, siempre que se aprecie, al menos, *culpa levissima* (STS 13 mayo 1974).

Existen determinados supuestos, sin embargo, en que difícilmente puede afirmarse que esta o aquella tarea sea de competencia exclusiva de uno u otro especialista, o en los que no pueda establecerse con claridad la relación de cuasalidad entre la actividad de uno y otro especialista y el daño efectivamente irrogado al paciente. En tal caso, en otro lugar he propugnado la aplicación la doctrina de la responsabilidad *in solidum*, dado que muy probablemente ambos son sujetos responsables del acto o actos médicos dañinos. Es decir, más que exigir responsabilidad a cada uno por el *totum*, se accionará frente a los dos conjuntamente o de modo consorcial ("en mano común").

En cuanto al contenido de la *lex artis* anestesiológica, hemos de distinguir:

a) Actividades previas a la intervención quirúrgica: Es unánimemente admitida la obligación del anestesiólogo de realizar una (o varias, si lo estima necesario) *consultas preanestésicas*⁶⁵⁷, dirigidas a un doble objetivo:

como paso ulterior, determinar si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual para cada uno de ellos.

⁶⁵⁶ Por ejemplo, la discusión en torno a la posición del paciente sobre la mesa de operaciones, al no coincidir necesariamente la que aconseja el anestesista con la óptima para la intervención misma. La jurisprudencia francesa sostuvo que es competencia exclusiva del anestesiólogo la colocación del paciente sobre la mesa de operaciones (Cass.Civ. 25-V-1971), aunque posteriormente matizó excepcionando los supuestos en que los requerimientos del cirujano fuesen imprescindibles para la intervención (Cass.Civ. 11-VII-1978).

⁶⁵⁷ STS (Sala 2^a) 13 julio 1987.

1º) Por una parte, se pretende tomar razón de los antecedentes personales y clínicos del paciente, para poder preparar una administración anestésica adecuada a sus necesidades individuales, evitando reacciones alérgicas y contraindicaciones, y previniendo posibles complicaciones. La jurisprudencia insiste, incluso, en la obligación de rechazar aquellas intervenciones no urgentes que no hayan sido debidamente preparadas. A tal objeto, el anestesiólogo deberá ordenar la realización de cuantas pruebas, análisis, radiografías, electrocardiogramas, etc., que contribuyan al mejor conocimiento de esas circunstancias. Además, es muy recomendable, en cuanto exigido por normas deontológicas, la confección de una “ficha preanestésica” en la que se documenten todos aquellos datos.

2º) Por otra parte, sirve para obtener el inexcusable consentimiento informado del paciente. El hecho de que la mayoría de las intervenciones quirúrgicas se realicen bajo anestesia puede llevarnos a admitir que el consentimiento del paciente para ser operado incluye el consentimiento para ser anestesiado. Sin embargo, es inexcusable el consentimiento expreso para intervenir con anestesia general, cuando dado el tipo de intervención se pudiera pensar que se realizaría sólo con anestesia local.

Así, el anestesista debe de informar al paciente acerca del tipo de anestesia solicitado, en qué consiste el mismo, los riesgos y/o posibles complicaciones que conlleva, las ventajas que ofrece sobre otras alternativas, y cuáles son los peligros de todo acto de anestesia. Información que debe ofrecerse en todo caso (en contra de lo que algunos afirman), aunque deba acomodarse a los deseos de saber del paciente. En este punto, no es admisible que la firma de un documento aceptando la anestesia y/o la intervención venga a enervar el fundamento de confianza que preside la relación, como se ha sostenido. Muy al contrario, dicho documento supone una doble garantía: para los pacientes, de que serán informados debidamente, y de que no habrán actos médicos no consentidos; y para el especialista, de que existe una prueba documental del consentimiento informado. Cuestión distinta es que cuando tal documento se limita a un simple formulario genérico e impreso, su utilidad se vea reducida a la nada, pues tanto la información como el consentimiento deben ser individuales y personalizados.

Por otra parte, el anestesiólogo ha de indicar al paciente la conducta que debe seguir, precauciones que debe tomar, etc... con carácter previo a la anestesia. Además, el anestesista ha de realizar visita y exploración completa previa, dentro de las 24 horas inmediatamente anteriores a la intervención quirúrgica. Conducta que se completa con una adecuada verificación previa de todo el instrumental, aparatos y fármacos a utilizar durante la intervención. Por más que ello competa a la clínica o institución hospitalaria, ello no exime a los profesionales de exigir los elementos imprescindibles para emprender una intervención. De no hacerlo, incurrirán en responsabilidad solidaria con dicha institución, según numerosos fallos jurisprudenciales.

b) Actividad del anestesiólogo durante la intervención. Curiosamente, los actos anestésicos realizados en el curso de la intervención quirúrgica son los que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, plantean menores dificultades. Sólo la prueba pericial puede aclararnos el contenido de la *lex artis* en este punto. A título de ejemplo, constituyen supuestos de “culpa anestesiológica” los siguientes: Error en la premedicación, o transfusión de sangre heterogrupal; inyección de fenol o alcohol junto con la anestesia intrarraquídea; inyección intrarterial de barbitúricos sin atender al dolor distal; embolias aéreas por tabuladoras de goteros vacíos; inubación esofágica; dientes arrancados y perdidos (en bronquios), sin la búsqueda correspondiente; falta de examen

de agujas y cateteres, o de exploración de su destino en caso de rotura; quemaduras térmicas y eléctricas, compresiones posturales, etc., como consecuencia del estado de anestesia; etc.

En esta fase, es de suma importancia la transcripción en una “ficha de quirófano” de todos los avatares e incidentes de la intervención, comprensiva de los fármacos, transfusiones, etc., que se administran, sus dosis y características, así como de las medidas que se van adoptando en todo momento.

c) Actividad posterior a la intervención quirúrgica. Una vez concluida la intervención, comienza una fase en la que el papel del anestesiólogo-reanimador se erige en protagonista. Debe prestar vigilancia y atención postoperatoria al paciente mientras éste mantenga el estado de inconsciencia, lapso de tiempo especialmente peligroso, como bien saben los tribunales⁶⁵⁸. Además, debe informar al paciente, especialmente en las anestesias ambulatorias, acerca de las complicaciones que pueden presentarse, su tratamiento, así como el régimen de vida a seguir (prohibición de conducir o trabajar, etc.).

6.6.4.- Cirugía estética⁶⁵⁹

La cirugía estética, que prolifera espectacularmente a partir de la I Guerra Mundial, constituye un concepto ambivalente: por una parte, designa la cirugía reparadora, que persigue la curación de una deformidad innata o adquirida de carácter lesivo para la salud, y por otra, la que ostenta una finalidad meramente embellecedora. Desde el punto de vista jurídico, la primera no difiere particularmente de otras especialidades quirúrgicas, dada su finalidad terapéutica, mientras que la segunda ofrece numerosos problemas.

Sucede, sin embargo, que la frontera entre ambas modalidades no es perfectamente nítida, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquico y social, y no sólo físico, lo que obliga a admitir que una intervención quirúrgica de estas características puede considerarse curativa del malestar psíquico inherente a ciertas deformidades y defectos de naturaleza física. En este último supuesto, ha de admitirse que el "bien jurídico" (como dicen los penalistas), o el "derecho subjetivo" (como decimos los civilistas), no es tanto la salud, cuanto la corrección de la fealdad, deformación o el logro de una mayor belleza. ¿Quid si ésta no se logra por impericia, u olvido de la *lex artis*? Una cosa es no lograr por culpa o impericia una mayor belleza y otra que, como consecuencia de negligencia profesional o mal conocimiento de la *lex artis*, se deforme aún más al paciente, o se le irrogue cualquier otro tipo de daño. Y la responsabilidad será distinta.

Por ello, resulta crucial determinar la naturaleza de la obligación del médico en este tipo de cirugía, y su posible calidad de excepción a la regla general de que la obligación del médico es normalmente de medios, lo que ha dado lugar a opiniones de

⁶⁵⁸ La STS 22 abril 1988 alude, por ejemplo, a la embolia postquirúrgica, la neumonía hospitalaria, la caída vertiginosa de la tensión arterial, las hemorragias, etc.

⁶⁵⁹ La materia ha sido tratada por KORNPROBST, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudences françaises*, Flammarion, París, 1957, págs. 607 y ss.; PENNEAU, *La responsabilité médicale*, *cit.*, págs. 35 y ss. y 65 y ss.; MEMETEAU-MELENNEC, *op. cit.*, págs. 71 y ss.; y en nuestro país, ATAZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 113 y ss.; FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pág. 86; GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, págs. 370 y ss.; RAMIREZ, J.A., "La cirugía estética y el Derecho", *R.J.C.*, 1960, págs. 195 y ss.; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil...*, *cit.*, págs. 397 y ss.

todos los colores en la doctrina y la jurisprudencia. Así, una primera posición entiende que en toda intervención de cirugía estética, la obligación que pesa sobre el médico es de medios⁶⁶⁰, argumentando, fundamentalmente la existencia de *alea*, presente en todo acto quirúrgico, y a la exigencia jurisprudencial de que el médico sopeso los riesgos y ventajas de la operación.

Discrepo de tal posición por diversas razones: en primer lugar, porque *a sensu contrario*, habría que entender que en todas aquellas intervenciones quirúrgicas con ausencia de alea, la obligación sería de resultado. Pero además, en las que efectivamente existe dicha aleatoriedad, si la finalidad de las mismas es exclusivamente embellecedora y no terapéutica, o bien es dudosa su licitud, o bien el médico ha de responder del resultado. Tal afirmación, ciertamente, debe ser matizada con las consideraciones que siguen acerca de esa finalidad no curativa, el deber de información y la culpa *in contrahendo*, pero no por ello deja de ser válida a la hora de negar que la cirugía estética conlleva siempre para el médico una obligación de medios. La circunstancia de que el médico haya sopesado riesgos y ventajas, no debe hacernos pensar que se trata de una obligación de medios, sino más bien que, en el caso de que no pueda garantizar un resultado, como el bien que se pretende conseguir no es de necesidad perentoria para la salud del paciente, tal vez deba desistir de realizar la intervención.

Existe una segunda posición, que igualmente peca de excesiva rigidez, según la cual existe responsabilidad médica en cualquier supuesto de fracaso en intervenciones de cirugía estética, lo que equivale a una abierta presunción de culpa para el médico. Tal era la tendencia en la jurisprudencia francesa más antigua. En la actualidad, y de forma más atenuada hay doctrina que se inclina por la existencia de una obligación de resultado⁶⁶¹. Idea que enlaza con la tercera concepción sobre la materia, según la cual hay que acudir a la motivación del que se somete a una intervención de esta índole, entendiendo que no es lo mismo que el paciente pretenda corregir deformaciones graves, en las que habría una obligación de medios como en cualquier otro tratamiento médico, o que se emprenda la operación con el propósito de simple mejora o embellecimiento del aspecto físico, en los cuales sí cabe pensar en obligación de resultado. No se trata ya de curar una enfermedad, ni tampoco de corregir una deformidad monstruosa sobrevenida, sino, simplemente, que la nariz, las piernas, los pechos, etc., perfectamente sanos, queden ajustados a cierto patrón, moda o diseño de mayor belleza o mejor apariencia. Cabría admitir, incluso, una equiparación a los casos de necesidad patológica de aquellos en que la intervención es igualmente necesaria por otros motivos, laborales, por ejemplo. En efecto, una actriz de cine, o una bailarina de music-hall, tal vez tienen una buena razón para conservar en perfecto estado su apariencia física, dado que la misma representa en gran medida su *modus vivendi*.

A mi juicio, tampoco es del todo correcto decidir la cuestión a partir de un elemento subjetivo que no tiene demasiado que ver con la naturaleza de la obligación del médico, y además con notables dificultades probatorias, cual es la motivación psicológica que movió al paciente a emprender la intervención quirúrgica. Por todo ello, el problema debe solucionarse acudiendo a la *culpa in contrahendo* y al deber de

⁶⁶⁰ Vid. KORNPROBST, *op. cit.*, págs. 607 y ss. En la jurisprudencia francesa, ésta parece ser la solución más comúnmente seguida en los últimos tiempos. Así, la Sent. París, 5 junio 1962, comentada por TUNC, *R.T.D.C.*, 1963, págs. 87 y ss. Igualmente, en Italia, Roma, 28 marzo 1978.

⁶⁶¹ En España, tal es la posición de RAMIREZ, J-A., *op. cit.*, págs. 225 y 236, y de ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, *cit.*, pág. 109.

información: Cuando la finalidad de la intervención es meramente estética, el médico o bien asume una obligación de resultado, garantizando el logro de dicha finalidad, o bien incurre en una culpa *in contrahendo*, por cuanto que se hace cargo, sin una necesidad perentoria, o sea temerariamente, de una obligación superior a sus fuerzas (o sea, de cumplimiento imposible), y provoca un riesgo o peligro evitable con sólo dejar de operar. Así, no existen diferencias fundamentales entre el especialista en cirugía estética y el resto de los facultativos, a no ser por la especial relevancia que en su caso cobra el deber de información⁶⁶². Puesto que, al menos somáticamente, el paciente no tiene una auténtica necesidad de emprender la intervención, aquí más que nunca debe conocer hasta el último detalle los riesgos que corre al hacerlo, teniendo en cuenta, por lo demás, que en este caso difícilmente podrá alegarse la urgencia, y se goza generalmente del tiempo necesario para hacerlo. Si además (junto al fracaso de la finalidad estética perseguida) se produce un daño adicional, la responsabilidad del médico será de grado sumo, pues aparte de aquella *culpa in contrahendo*, existe un incumplimiento de la *lex artis*, una culpa médica propiamente dicha.

Debe tenerse en cuenta, además, que en estos supuestos, la intervención quirúrgica nunca es urgente⁶⁶³ y que su necesidad desde el punto de vista terapéutico, al menos, presenta ciertas dudas, como se ha señalado. Estas circunstancias tienen una particular influencia sobre la información debida al paciente y el consentimiento otorgado por el mismo, en la medida que no cabe el menor atisbo de excepción a los mismos cuando se realiza una intervención de cirugía estética. La información debe abarcar todos los riesgos previsibles, incluso aquellos que sólo se verifican excepcionalmente y el consentimiento ha de exigirse siempre y con el máximo rigor, según una ya reiterada jurisprudencia. Por otra parte, el médico habrá de valorar dichos riesgos para encontrar una proporcionalidad entre los mismos y el beneficio esperado, de forma que un desequilibrio entre ellos, aunque exista consentimiento del paciente debidamente informado, determinará la responsabilidad del médico interviniente.

6.6.5.- Psiquiatría

En los últimos años, los problemas que rodean a la salud y la enfermedad mental han dejado de pertenecer exclusivamente a los psiquiatras, para constituir el centro de una verdadera preocupación social. El Derecho no permanece ajeno a esta situación, pues tanto el legislador, como la jurisprudencia, como los profesionales y la doctrina van mirando con nuevos ojos a la enfermedad y al enfermo mental, lo que se pone de relieve incluso al observar la terminología que emplea el Código Civil tras sus reformas en materia de Derecho de familia (por ejemplo, como causa de separación, requisito para contraer matrimonio, incapacitación por deficiencias psíquicas persistentes, etc.)⁶⁶⁴. Buena prueba de lo que decimos se encuentra en el art. 20 de la Ley General de Sanidad que, con la finalidad de equiparar al enfermo mental con las demás personas que requieren servicios sanitarios y sociales promueve determinadas medidas⁶⁶⁵.

⁶⁶² PENNEAU, *op. cit.*, pág. 36.

⁶⁶³ GARZÓN REAL, “Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico sanitaria”, *La Ley*, 1987, pág. 4.

⁶⁶⁴ Resulta muy interesante para ver la importancia de la enfermedad psíquica, todo el proceso de incapacitación de los arts. 756 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en consonancia con los artículos, 199, 200 y 201 C. Civil.

⁶⁶⁵ Entre ellas: a) Potenciación de los recursos asistenciales a nivel ambulatorio, y la hospitalización parcial, con el fin de reducir al máximo posible la necesidad de hospitalización. b) Hospitalización en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales. c) Atención integral de los problemas del enfermo

En todo caso, los problemas que la psiquiatría plantea al jurista son innumerables, máxime en cuanto a la responsabilidad civil se refiere⁶⁶⁶. Vamos a apuntar, sin embargo, sólo algunas ideas en torno a la responsabilidad derivada de la actividad desempeñada por el psiquiatra, cuya especialidad, tanto por la naturaleza de las enfermedades que combate y de las personas que las padecen, como por los aspectos de la integridad psicofísica que afecta -la propia personalidad humana-, ofrece importantes peculiaridades.

Se debe distinguir dos grandes grupos de actos u omisiones imputables al psiquiatra o al personal dependiente del mismo, y de consecuencias dañosas, para separar los casos en que el perjudicado por dicho acto u omisión es el propio paciente, de aquellos en que el daño es soportado por terceras personas, ajena a la relación médica. Y ello porque muy frecuentemente el personal médico-psiquiátrico se encuentra con una imputación de responsabilidad por no haber impedido que un enfermo mental causase daños a sí mismo o terceras personas-

a) Así, entre los supuestos en que el perjudicado es el mismo paciente, cabe separar aquellos en que existe un comportamiento autolesivo del mismo, de los que, al no darse esa circunstancia, derivan directamente de una conducta culpable del personal médico, en el diagnóstico o en el tratamiento⁶⁶⁷.

1º) En cuanto a los perjuicios ocasionados con intervención de la conducta del paciente, la posible responsabilidad del psiquiatra o de la institución sanitaria donde el enfermo se somete a tratamiento, presenta importantes dudas en la doctrina y jurisprudencia. A estos efectos, la cuestión de que la víctima de ese daño sea el mismo paciente -piénsese en las numerosas psicopatías acompañadas de comportamientos suicidas -, o un tercero, resulta intrascendente, puesto que el problema de fondo reside en decidir si el médico o la institución psiquiátrica responden por defecto o falta de vigilancia del enfermo mental.

Ante todo, deben diferenciarse diversas hipótesis, pues no cabe una respuesta general y rotunda. En efecto, es clara la responsabilidad del psiquiatra que no advierte la tendencia suicida o agresiva de un enfermo mental, siempre dentro de las reglas de la *lex artis*, o que, advirtiéndola, no toma las medidas de prevención oportunas. Y entre dichas medidas, además de las puramente terapéuticas, debe encontrarse el procurar una vigilancia de cierta intensidad, a través del personal adecuado. Se entiende en enfermos que están sometidos a hospitalización. Cuando el enfermo no está hospitalizado -caso muy frecuente - y tiene tendencias suicidas o agresivas, autolesivas, etc., son los

mental, a través del desarrollo de servicios de rehabilitación y reinserción social. d) Y prevención primaria y atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general.

⁶⁶⁶ Como por ejemplo el daño a la salud psíquica, como modalidad específica del perjuicio. Vid. CENDON, P., *op. cit.* Sobre la materia pueden verse, además de las referencias ya obligadas en todas las obras generales de responsabilidad médica, JEANSON, F., *La responsabilité medicale en psychiatrie*, París, 1980; FURROW, B-R., *Malpractice in Psychotherapy*, Lexington, Toronto, 1980; BLINDER, M., *Psychiatry in the everyday practice of law*, Rochester, San Francisco, 1982, págs. 487 y ss.; CENDON, *Il prezzo della follia*, Bologna, 1984; CATTANEO, G., "La responsabilità civile dello psichiatra e dei servizi psichiatrici", *Quadrimestre*, núm. 2. 1986, págs. 253 y ss.; KRAUT, A.J., *loc. cit.*

⁶⁶⁷ Además, claro está, de la responsabilidad para parientes o Ministerio Fiscal, que no inician el proceso judicial de incapacitación cuando el enfermo mental es incapaz de gobernarse a sí mismo (arts. 201 a 203 C. Civil). Existe, por otra parte, responsabilidad para los centros psiquiátricos por violación de la sentencia de incapacitación. En definitiva, se está implicando responsabilidad civil de parientes, centros de salud, médicos, psiquiatras, etc., en orden a enfermos mentales incapacitados.

familiares quienes le vigilan y, a veces, un mínimo descuido -siempre perdonable e irresponsable- basta para que se produzca la tragedia. El psiquiatra le trata con tales o cuales medicamentos apropiados, pero, al no estar ingresado en un centro, él no responde de la conducta del paciente. Salvo, claro está, que exista violación de la *lex artis*, por tratamiento inadecuado, etc.

De forma análoga, e independiente de cuál sea el régimen de internamiento seguido, lo cierto es que existen hospitales psiquiátricos donde se interna a determinados enfermos mentales, con el fin de efectuar una vigilancia continua de su enfermedad y de las posibles conductas derivadas de la misma, con consecuencias dañosas. En este aspecto existe un procedimiento legal para efectuar dicho internamiento, que hoy recoge el art.713 de la LEC 1/2000.

2º) En cuanto a los daños derivados del tratamiento psiquiátrico, primeramente, llama la atención la escasa frecuencia en la que encontramos daños de esta índole, circunstancia que se puede atribuir a dos factores: primero, a la pluralidad y variedad de escuelas psiquiátricas que impiden determinar con certeza cuál es la *lex artis* en esta especialidad, con lo que resulta difícil realizar ese juicio de comparación con un *standard* de referencia que constituye la apreciación de una culpa; y, segundo, la dificultad de demostrar el nexo causal entre la conducta culposa y el daño, cuando éste se produce exclusivamente en la salud psíquica, y el tratamiento no es de carácter somático. Pero ello no quiere decir que el régimen de responsabilidad por actos médicos de diagnóstico y tratamiento en psiquiatría se aparte de los principios generales. Sencillamente, existe una dificultad de prueba importante en muchos casos.

Destaca, en esta materia la particular relevancia que cobra el consentimiento del paciente, de exigencia inexcusable para determinadas actividades, como el electroshock o aquellas intervenciones que pueden afectar a la personalidad del sujeto. El problema más grave se presenta a la hora de conciliar ese principio general de concurso del consentimiento del paciente en toda actividad médica, con aquellos casos en que la propia enfermedad mental del paciente, que requiere el tratamiento, lleva a éste a rechazarlo. La difícil solución a este problema viene del cumplimiento de una doble exigencia: el respeto, en la mayor medida posible, de la libertad del paciente, y la garantía de la máxima eficacia terapéutica del tratamiento psiquiátrico, que presupone "una alianza terapéutica entre el psiquiatra y el paciente en la cual está implícita una comprensión y una aceptación por parte del paciente del programa curativo prescrito"⁶⁶⁸.

b) En cuanto a los daños sufridos por terceras personas, también cabe distinguir:

1º) Daños causados por pacientes internados: ¿cuándo responde la institución, en virtud del art. 1.903 del C. Civil? En principio, y siempre que se trate de hospitales psiquiátricos, es decir, centros específicamente destinados al internamiento de enfermos mentales, y mientras los mismos subsistan⁶⁶⁹, estimamos que efectivamente tales instituciones han de efectuar tareas de vigilancia y control, para evitar o prevenir las conductas lesivas o autolesivas de los pacientes, y por tanto, deben contar con los medios humanos y materiales adecuados para ello. Por tanto, y si por

⁶⁶⁸ CATTANEO, G., "La responsabilidad civil Jello psiquiatra...", cit., pág. 263, tomando palabras de uno de los jueces americanos del caso Rogers V. Okin (1979).

⁶⁶⁹ Recuérdese la tendencia que recoge el art. 20 de la Ley General de Sanidad, mencionado de internar a tales enfermos en hospitales generales.

negligencia en el cumplimiento de ese deber de control, se produce una conducta de las expresadas anteriormente, habrá que apreciar la existencia de una *culpa in vigilando* de la institución o de la persona o personas que, dentro de la misma, tenga encomendadas dichas tareas. Sin embargo, resulta más dudosa esa responsabilidad cuando el internamiento se produce en las unidades psiquiátricas de un hospital general, que carece, en general, de los medios y del personal especializado para verificar tal vigilancia, por la propia estructura y funcionamiento del centro. Quizá en estos casos, sólo debe responderse por culpa lata o grave negligencia.

No se nos ocultan ciertas consecuencias desfavorables para la propia salud del enfermo mental, derivadas del rigor en la vigilancia que esa responsabilidad conlleva, difícilmente conciliables con las modernas corrientes de pensamiento en materia psiquiátrica, pero mientras tales instituciones existan, debe admitirse su responsabilidad. De hecho, en Italia, con la liberalización del tratamiento psiquiátrico operada en 1978, que recoge dichas ideas, dejó de funcionar en gran medida la responsabilidad del psiquiatra que derivaba del art. 2.047 del C. Civil de aquel país por falta de vigilancia del paciente. Pero, por contra, este menor rigor de los criterios de aplicación de la responsabilidad de psiquiatra e institución, deja a los terceros y al propio paciente expuestos a un mayor margen de riesgo, pues la vigilancia es inferior, y en último caso, no existe ya la cobertura de un responsable civil. En Francia, y más tardíamente en España, donde son fundamentalmente instituciones sanitarias de carácter público las que prestan la asistencia psiquiátrica, dicho problema se ha venido resolviendo mediante la aplicación de la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria.

2º) Daños causados por pacientes con tratamiento domiciliario o ambulatorio, y por ello sometido a la vigilancia familiar. En estos supuestos el psiquiatra le trata con unos u otros medicamentos, pero, al no estar ingresado en un centro, el médico no puede responder de la conducta del paciente. Salvo, claro está, que exista violación de la *lex artis*, por tratamiento inadecuado, falta de medidas oportunas cuando precisare de vigilancia por tendencias violentas, o de advertencia del riesgo de ciertos comportamientos, etc. En este sentido las personas que tuvieran encomendado el cuidado del enfermo van a responder de acuerdo con el art. 1903 C.Civil, por *culpa in vigilando*, salvo que prueben que actuaron con la diligencia debida para prevenir el daño.