

# **Responsabilidad civil de profesionales y empresarios. Aspectos nacionales e internacionales**

---

*Ramón P. Rodríguez Montero*  
(Editor y Coordinador)

**netbiblo**  
[www.netbiblo.com](http://www.netbiblo.com)

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE PROFESIONALES Y EMPRESARIOS. ASPECTOS  
NACIONALES E INTERNACIONALES**

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del *Copyright*.

DERECHOS RESERVADOS 2006, respecto a la primera edición en español, por

© Netbiblo, S.L.

ISBN 13: 978-84-9745-134-5

ISBN 10: 84-9745-134-1

Depósito Legal: C-872-2006

Editora: Cristina Seco

Producción Editorial: Gesbiblo, S.L.

Impreso en España - Printed in Spain.

# Responsabilidad civil de profesionales y empresarios. Aspectos nacionales e internacionales

---

***Ramón P. Rodríguez Montero (ed. y coord.)***

Prof. Titular de Derecho Romano  
de la Universidade da Coruña

***Henry W. McGee, Jr***

Prof. Emeritus, UCLA School of Law

***Luz E. Ortiz Nagle***

Prof. of Law, Stetson University College of Law

***José Manuel Busto Lago***

Prof. Titular de Derecho Civil  
de la Universidade da Coruña

***Rafael Colina Garea***

Prof. Titular de Derecho Civil  
de la Universidade da Coruña

***Carmen Veiras Suárez***

***Rafael Villafáñez Gallego***

Jueces

***Fernando García Cachafeiro***

Prof. Ayudante de Derecho Mercantil  
de la Universidade da Coruña

***Fernando Peña López***

Dr. en Derecho: Prof. Titular de E. U. de Derecho Civil  
de la Universidade da Coruña

***Maita M<sup>a</sup> Naveira Zarra***

Catedrática Interina E. U. de Derecho Civil  
de la Universidade da Coruña



## CONTENIDO

<b>PRÓLOGO</b> .....	xi
<b>CAPÍTULO 1. PERFILES CARACTERÍSTICOS DE LA DENOMINADA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN DERECHO ROMANO. APUNTE HISTÓRICO Y DE CONJUNTO</b>	
1. La consideración patrimonial de la <i>obligatio</i> y su inescindibilidad del concepto de acción .....	3
2. Contenido, exigibilidad, cumplimiento e incumplimiento de la obligación .....	5
3. <i>Contractus</i> y <i>delictum</i> como posibles fuentes de la <i>obligatio</i> . La originaria aproximación entre los denominados sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho romano .....	7
4. La denominada responsabilidad contractual en Derecho romano .....	9
4.1. Generalidades .....	9
4.2. Valoración de la responsabilidad del deudor en los <i>iudicia stricti iuris</i> y en los <i>bonae fidei iudicia</i> . Incumplimiento de la obligación y <i>perpetuatio obligationis</i> .....	10
4.3. La naturaleza de la acción ejercitable y la naturaleza de la prestación debida como elementos condicionantes en la elaboración del régimen romano de responsabilidad contractual. Deberes subsidiarios de <i>praestare</i> .....	13
5. Criterios utilizados como medida para la imputación de responsabilidad .....	17
5.1. Dolo .....	18
5.2. Culpa .....	19
5.3. Custodia .....	24
6. Criterios negativos de responsabilidad: caso fortuito y fuerza mayor .....	27
7. Determinación del criterio de responsabilidad aplicable. Reglas básicas seguidas por los juristas romanos .....	28
8. El <i>periculum</i> .....	29
9. El retraso en el cumplimiento de la obligación y el rechazo injustificado al cumplimiento de la obligación: <i>mora creditoris</i> y <i>mora debitoris</i> .....	33
10. Determinación del resarcimiento por daños y perjuicios .....	39
11. Bibliografía .....	47
<b>CAPÍTULO 2. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE IMPONIENDO UNA RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	
1. Introducción .....	55
2. Situación ambiental a nivel mundial .....	55
3. Convenciones y régimen legal vigente .....	58
3.1. Disputa transnacional en Tribunales nacionales .....	58
3.2. La Convención Medioambiental Nórdica de 1974 .....	61

3.3. La Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños de Polución causados por el Petróleo, 1969 .....	62
3.4. La Convención de Viena sobre la Responsabilidad Civil por Daño Nuclear .....	63
3.5. La Convención de Sustancias Nocivas y Peligrosas .....	64
3.6. El proceso de elaboración del Tratado .....	66
4. Iniciativas de Instituciones internacionales.....	66
4.1. Resolución del Instituto de Derecho Internacional.....	66
4.2. La Organización Mundial del Comercio (WTO).....	68
4.3. Organización Global del Medio Ambiente .....	69
4.4. El Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea .....	70
4.4.1. Una importante propuesta .....	71
4.4.2. Principios de subsidiariedad y proporcionalidad .....	75
5. Recomendaciones .....	76
5.1. Una Organización Global del ambiente con limitados poderes.....	76
5.2. Régimen del proceso transnacional .....	77
5.3. Responsabilidad estatal.....	78
5.4. Fondo Internacional y Seguro Obligatorio.....	79
6. Conclusión .....	80

### **CAPÍTULO 3. PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRESTADOR DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN INTERNET(ISP)**

1. Responsabilidad civil de los ISPs: principios en que se fundan la Directiva 2000/31/CE y la Ley 34/2002, de 11 de julio.....	85
1.1. Regulación horizontal de la responsabilidad civil de los ISPs en la Directiva 2000/31/CE y en al LSSICE.....	85
1.1.1. Los dos modelos posibles: la Directiva 2000/31/CE y la DMCA/1998.....	85
1.1.2. La lesión de los derechos de autor y derechos afines: ¿la —posible— excepción a la regulación horizontal?.....	86
1.2. Responsabilidad civil subjetiva, con canon de diligencia profesional normativamente establecido.....	90
1.3. Solidaridad entre el autor de los contenidos ilícitos y el ISP.....	96
2. Régimen de responsabilidad civil en función del concreto servicio prestado por los ISPs.....	96
2.1. Planteamiento global .....	96
2.2. Actividades no tipificadas.....	97
2.3. Operadores de redes y proveedores de acceso .....	98
2.4. Prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (servicio de memoria tampón o <i>caching</i> ).....	103
2.5. Prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos ( <i>hosting</i> ).....	106

2.6. La previsión de un régimen de responsabilidad civil específico para los prestadores de servicios de búsqueda y de enlaces a contenidos ( <i>linking</i> ) .....	110
2.6.1. Generalidades sobre instrumentos de búsqueda en la red y enlaces .....	110
2.6.2. Punto de partida acerca del régimen de responsabilidad civil.....	113
2.6.3. La ausencia de una disciplina uniformadora expresa en la legislación comunitaria.....	115
2.6.4. Los precedentes legislativos comparados .....	116
2.6.4.1. La <i>Digital Millenium Copyright Act</i> .....	116
2.6.4.2. La <i>E-Commerce-Gesetz</i> austriaca .....	119
2.6.5. El artículo 17 de la LSSICE.....	119
2.6.6. Responsabilidad civil por facilitar el acceso a contenidos ilícitos mediante un enlace de hipertexto.....	120
2.6.7. Proveedores de espacios publicitarios en Internet y de mensajería electrónica .....	121

**CAPÍTULO 4. LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN Y LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS O DEFECTOS EN LA CONTRUCCIÓN DE EDIFICIOS**

1. La Ley de Ordenación de la Edificación: justificación, objeto y finalidad .....	125
1.1. Justificación y oportunidad.....	126
1.2. Objeto y finalidad.....	128
1.2.1. El aseguramiento de la calidad en las edificaciones.....	129
1.2.2. La protección de los usuarios y adquirentes de edificios o parte de los mismos .....	130
2. Los daños materiales ocasionados en el edificio.....	135
2.1. Daños materiales .....	136
2.2. Edificio. Concepto y extensión del término.....	136
2.2.1. Interpretación amplia y restringida del concepto legal de edificio .....	137
2.2.2. Edificios permanentes y provisionales. El fenómeno de la prefabricación .....	140
2.2.3. Tipos de obras que legalmente tienen la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en la LOE .....	143
2.2.4. La extensión legal del concepto de edificio las instalaciones fijas, equipos propios y elementos de urbanización adscritos. Consecuencias en orden a la aplicación de la LOE .....	145
2.2.4.1. Ampliación del ámbito objetivo del régimen de responsabilidad por vicios constructivos. Requisitos .....	145
2.2.4.2. Una cuestión dudosa. Sobre si resultan aplicables todos los plazos de garantía, o si, por el contrario, alguno de ellos debe ser descartado .....	148

3.	Vicios o defectos constructivos de los que deben traer causa los daños resarcibles conforme a la LOE .....	154
3.1.	Los vicios o defectos estructurales .....	156
3.2.	Los vicios o defectos de habitabilidad .....	162
3.3.	Vicios de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado de las obras.....	166
4.	Los plazos de garantía en los que deben tener lugar los daños resarcibles conforme a la LOE .....	170
4.1.	La funcionalidad y naturaleza atribuible a los plazos legalmente fijados para el surgimiento del daño .....	170
4.2.	Graduación de la duración y procedimiento para la selección de los plazos de garantía aplicables a cada daño .....	172
4.2.1.	Los distintos tipos de vicios constructivos como parámetros que delimitan y acotan la duración de cada uno de los diversos plazos de garantía.....	173
4.2.2.	Los distintos tipos de vicios constructivos como parámetros en virtud de los cuales se determina y selecciona, de entre todos los posibles, el plazo de garantía que corresponde aplicar al daño que se presenta.....	177

## **CAPÍTULO 5. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO (MÉDICOS, ABOGADOS, PROCURADORES Y NOTARIOS)**

1.	Responsabilidad civil médica .....	183
1.1.	Introducción .....	183
1.2.	El título de imputación de la responsabilidad médica en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo.....	183
1.2.1.	La culpa y la infracción de la <i>lex artis ad hoc</i> .....	183
1.2.1.1.	Errores de diagnóstico.....	185
1.2.1.2.	Errores en el tratamiento.....	190
1.2.2.	La teoría del daño desproporcionado .....	197
1.2.3.	La responsabilidad objetiva del artículo 28 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.....	201
1.3.	El deber de información en la Ley General de Sanidad y su tratamiento jurisprudencial .....	204
1.4.	Algunos aspectos procesales derivados de la responsabilidad médica .....	211
1.4.1.	La carga de la prueba.....	211
1.4.2.	La facilidad probatoria .....	214
1.4.3.	Las presunciones .....	215
2.	Responsabilidad civil de abogados, procuradores y notarios .....	218
2.1.	Responsabilidad de abogados .....	218
2.1.1.	Introducción y naturaleza jurídica de la relación .....	218
2.1.2.	La responsabilidad del abogado. Requisitos .....	221
2.1.3.	Referencia al ejercicio individual, colectivo y multiprofesional de la abogacía .....	226



2.2. Responsabilidad de los procuradores.....	227
2.3. Responsabilidad de los notarios.....	230

**CAPÍTULO 6. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN LOS ESTADOS UNIDOS: PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL SISTEMA ESPAÑOL**

1. Introducción.....	237
2. La responsabilidad por productos defectuosos en los Estados Unidos.....	238
2.1. Sistema de fuentes.....	238
2.2. Teorías sobre la responsabilidad por productos.....	240
2.2.1. <i>Negligence</i> .....	240
2.2.2. <i>Implied Warranty</i> .....	240
2.2.3. <i>Strict liability</i> .....	241
2.3. Principios aplicables a la responsabilidad estricta.....	243
2.3.1. Legitimación activa.....	243
2.3.2. Legitimación pasiva.....	243
2.3.3. Concepto de producto defectuoso.....	244
2.3.4. Daño indemnizable.....	246
2.3.5. Causas de exoneración de la responsabilidad.....	248
2.3.6. Prescripción y caducidad.....	249
3. Principales diferencias con el régimen de responsabilidad por productos defectuosos en España.....	250

**CAPÍTULO 7. LA OBLIGACIÓN DE CONFORMIDAD: HACIA UNA NUEVA CONSIDERACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LA COMPRAVENTA**

1. Concepto, trascendencia y ámbito jurídico de la obligación de entregar bienes conformes con el contrato en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.....	257
2. Calificación de los supuestos sujetos a la obligación de conformidad en el Derecho español.....	259
3. Las dificultades dogmáticas de un concepto único de conformidad de los bienes con el contrato.....	262

**CAPÍTULO 8. LA VALORACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE**

1. Delimitación de la materia objeto de análisis.....	269
2. Generalidades.....	271
3. Tipos de daños resarcibles.....	279
3.1. Daños patrimoniales.....	279
3.1.1. Daños emergentes.....	279
3.1.2. Lucro cesante.....	281
3.2. Daños extrapatrimoniales.....	284
3.2.1. Daños corporales.....	284
3.2.2. Daños morales.....	287
4. Concurrencia de culpas.....	290



## PRÓLOGO

Han sido fenómenos de tipo tecnológico y económico operados a partir de la revolución industrial —como la fabricación en masa, y consiguiente consumo de bienes y útiles muy variados; la dificultad de control de la producción en masa; y el desplazamiento a un segundo plano de los efectos directos de las actuaciones humanas— los que fundamentalmente, entre otros, han provocado importantes repercusiones en el ámbito estructural de la responsabilidad civil, al haber originado, según se dice, una transformación en las circunstancias fácticas productoras de ésta.

Así, el requisito de la culpa no sólo ha sido modificado en su esencia, sino que, en ciertos supuestos, incluso ha sido eliminado de la responsabilidad civil —al perderse en gran medida el matiz subjetivo que caracterizaba al concepto de actuación del que ocasionaba el daño, y que era identificable con acto u omisión generadores de la citada responsabilidad—, indicándose al respecto que ésta no exige ya, en todo caso, una actuación previa culposa. En unas ocasiones resulta sustituida por la denominada “responsabilidad por riesgo” —como por ejemplo ocurre en el Derecho de la energía nuclear o en el de la navegación aérea—; en otros casos por la responsabilidad objetiva.

También el daño, calificado como otro de los elementos que se tradicionalmente se han venido considerando necesarios para poder generar la correspondiente responsabilidad, ha venido sufriendo una transformación en los casos que de un tiempo a esta parte se consideran predominantes. Dicha transformación se concreta en la circunstancia de que el daño ha perdido, al menos en parte, su carácter individual para convertirse en social.

El denominado concepto del “daño social” —entendido como “suceso dañoso que influye con carácter supraindividual sobre terceros”— permite imponer al causante del mismo la obligación de indemnizar atendiendo para efectuar su valoración no sólo al punto de vista subjetivo del perjudicado o perjudicados —concepto subjetivo del daño, basado fundamentalmente en la diferenciación entre el estado del patrimonio del perjudicado, antes y después del menoscabo a indemnizar—, sino también y además a consideraciones de orden social.

Por otra parte, dentro del ámbito procesal, la consideración del carácter de la acción de responsabilidad como acción privada ha empezado a perder sus contornos clásicos, al extenderse su ejercicio a la reparación de daños de daños colectivos o difusos, como por ejemplo ha ocurrido en materia de daños ecológicos. Esta circunstancia, unida a las consideraciones realizadas anteriormente en materia de derecho sustantivo, ha conducido a plantear por algún sector doctrinal el desplazamiento de la disciplina de la responsabilidad civil del Derecho privado al Derecho público.

La realidad descrita ha condicionado, por tanto, la nueva función que se pretende que cumpla la responsabilidad civil, cuestionándose cómo disciplinar normativamente con soluciones actuales y eficaces una materia cuyas normas vigentes se encuentran contenidas en su parte fundamental en los viejos Códigos civiles del siglo XIX y en otras Leyes especiales, promulgadas de forma continua y constante con la finalidad de resolver los nuevos problemas que día a día se van planteando. A todo ello se añade un progresivo desarrollo interpretativo por parte de la jurisprudencia, ante la insuficiencia e inoperancia de los cuerpos normativos.

El evidente interés y la patente actualidad del tema planteado motivó la celebración en el Centro Asociado de la UNED en A Coruña, durante los días 10 a 12 de abril de 2001, de un Curso institucional, en el que, bajo el título de “Responsabilidad civil de profesionales y empresarios. Aspectos nacionales e internacionales”, se pretendieron analizar las transformaciones operadas en un ámbito concreto de la responsabilidad civil, que han modificado sus aspectos más relevantes: el relativo a los profesionales y empresarios.

El objetivo del Curso se centró en analizar y debatir, dentro del Derecho de daños, el papel actual y futuro de la responsabilidad civil como instituto clave en la reparación de daños, así como sus nuevas tendencias dogmáticas, legislativas y jurisprudenciales en los ámbitos continental y del Common Law, cuando el responsable fuese un profesional o un empresario, que, en el ejercicio de su actividad como tal —potencialmente generadora de un daño—, o con ocasión de la misma, produjese ese daño.

Estas nuevas tendencias que tratan de resolver los nuevos problemas planteados en el ámbito del Derecho de daños —que surgen en la realidad social actual derivados de las nuevas tecnologías, de daños a la colectividad, de daños por la realización de actividades especialmente peligrosas, etc.— han dado lugar a que se pueda hablar propiamente de una “responsabilidad civil del empresario” como hipótesis diferenciada y autónoma dentro de la responsabilidad civil en general; algo que no resultaba posible utilizando el sistema instaurado por el Código civil.

En el sistema del Código civil la responsabilidad extracontractual del empresario, como es sabido, propiamente no implica la aplicación de un régimen especial, puesto que, partiendo del principio establecido con carácter general en el artículo 1902, únicamente se contienen dos soluciones particulares que son aplicables a problemas muy concretos, planteados en el caso de los empresarios: por una parte, la imputación de responsabilidad a los dueños o directores de establecimientos o empresas por los perjuicios que, en los términos previstos en el artículo 1902, hubiesen irrogado sus dependientes a consecuencia de ilícitos producidos en el servicio, o con ocasión del ejercicio de sus funciones (art. 1903); por otra, la atribución de responsabilidad por daños causados en determinados supuestos derivados de la realización de determinadas actividades empresariales que fueron considerados en su momento por el legislador decimonónico como fuente de riesgos especiales (que aparecen contemplados en el art.1908).

Entre los diversos criterios que, tanto jurisprudencial como legislativamente —a través de una serie de Leyes especiales—, han sido propuestos para resolver los problemas planteados en materia de imputación de responsabilidad civil a ciertos profesionales y empresarios en determinados sectores de actividades consideradas potencialmente peligrosas, cabe destacar el de la ya aludida “teoría o doctrina del riesgo”.

Dicha teoría o doctrina, que fue utilizada por primera vez en el ámbito de los accidentes laborales, ha sido desarrollada en otros sectores en los que concurría la producción de un peligro o un riesgo especial o relevante para el resto de la comunidad, y ha tenido particular aplicación en el ámbito de ciertas actividades empresariales, sirviendo para imputar a los empresarios que las desarrollasen los daños que a consecuencia de las mismas se pudiesen provocar, prescindiendo más o menos de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, y fundamentando dicha imputación en el beneficio que les reportase su actividad, que se traduce en el principio: “quien crea un riesgo, aunque su actuar sea lícito, debe soportar las consecuencias derivadas de ese actuar peligroso del que se beneficia”, lo que, en esencia, implica una objetivación de la responsabilidad.

La utilización a veces indiscriminada de la “doctrina del riesgo” en sede jurisprudencial está siendo cada vez más cuestionada, insistiéndose al respecto en su prudente aplicación con un sentido más limitado, por entenderse que no toda creación de un riesgo siempre implica la atribución de responsabilidad y, por tanto, legítima la desviación del principio clásico general de la culpa.

Por otra parte, es de señalar que los criterios seguidos por la jurisprudencia en la “doctrina del riesgo” no presentan la uniformidad que sería deseable, delimitándose de forma exacta el alcance de su aplicabilidad, y que también en algunas ocasiones se puede apreciar un exceso de generosidad por parte de los Tribunales de justicia en el resarcimiento del dañado, en cuya determinación subyace con cierta frecuencia el a veces peligroso tópico “ningún daño sin responsabilidad”.

Asimismo resulta posible apreciar que, también en ciertas ocasiones, paradójicamente, la jurisprudencia ha venido acudiendo, especialmente en el caso de los accidentes ferroviarios —que se presentan como supuestos paradigmáticos de la denominada “responsabilidad por riesgo”—, a dicha “doctrina del riesgo” para imputar al empresario (RENFE) los daños causados a terceros por los mencionados accidentes ferroviarios, corrigiendo el subjetivismo de artículos del Código Civil como el 1902 —en los casos de daños ocasionados por la inexistencia de medidas de seguridad en la circulación ferroviaria—, o el 1903.4 —en los casos en que el acto se imputa a uno de los empleados, sobre la base de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*—; artículos ambos de posible aplicación en estos supuestos, pero cuya esencia resulta en cierta medida desvirtuada a consecuencia de la utilización del mencionado criterio del riesgo.

La idea de la peligrosidad potencial de la actividad empresarial también ha sido tomada en consideración normativamente en diversas Leyes especiales, que se caracterizan por establecer una responsabilidad objetiva o por riesgo.

Entre ellas tradicionalmente se vienen señalando a título ejemplificativo la Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960, relativa a los daños causados por la navegación aérea, en cuyo art. 120 se establece el deber de indemnizar en base al accidente fortuito, incluso cuando el transportista, el operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia; la Ley de la Energía Nuclear, de 29 de abril de 1964, que establece expresamente el carácter objetivo de la responsabilidad por daños causados por instalaciones nucleares, aunque permite la compensación de culpas o la exención total del deber de indemnizar cuando fueron causados, en parte o en todo, por culpa de la víctima; o la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, en cuyo art. 28 se establece un régimen de responsabilidad objetiva para los casos de daños causados a los consumidores y usuarios por bienes y servicios que “por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad”, entre los cuales, en el apartado segundo del mencionado artículo se incluyen: los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor, y juguetes y productos dirigidos a los niños.

En todos estos casos la mencionada objetivación de la responsabilidad no sólo responde a la existencia de un riesgo empresarial, sino que también se justifica por la cualidad de consumidor o usuario de la eventual víctima, en virtud del principio *pro consumatore*.

La innegable relevancia social y económica de las cuestiones aquí esbozadas, así como el manifiesto interés jurídico que las mismas presentan, han motivado la confección del presente volumen, en el que, tomando como referencia las figuras de los empresarios y profesionales como potenciales o posibles responsables civiles de daños y perjuicios, se procede a analizar una serie de aspectos concretos, ligados al ejercicio de específicas actividades profesionales y empresariales desarrolladas en diversos ámbitos.

El libro se inicia con una referencia histórica a la responsabilidad contractual en el ámbito del Derecho romano, en el que como es sabido no se estableció por los juristas una teoría o doctrina general sobre la misma, sino que únicamente se limitaron a aportar una multiplicidad de soluciones concretas a los variados casos particulares que en dicha materia y en la práctica cotidiana se les fueron planteando.

La toma en consideración de ese *corpus* jurisprudencial, integrado por una gran cantidad de materiales dispersos y diversos, cuyos perfiles por lo demás no aparecen suficientemente claros, permitió a los intérpretes del Derecho romano, y, en especial, a los pandectistas alemanes, elaborar la teoría de la denominada responsabilidad contractual, que posteriormente se incluiría en los Tratados y Códigos civiles de la Europa occidental.

Seguidamente se analizan en el volumen las iniciativas y recomendaciones propuestas a nivel internacional para resolver la problemática planteada en uno de los ámbitos más conflictivos de la responsabilidad civil: en materia de reparación del medio ambiente.

Objeto de estudio lo son también las especialidades en materia de responsabilidad civil relativas a las actividades empresariales y profesionales desarrolladas por los prestadores de servicios *on-line* de intermediación a través de la red de Internet (Internet service providers —ISPs); por los agentes intervinientes en el proceso de edificación, a consecuencia de los vicios o defectos en la construcción de edificios —cuya regulación se recoge en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación—; y por médicos, abogados, procuradores y notarios, que es analizada en estos últimos casos, relativos a profesionales liberales, tomando en consideración la doctrina jurisprudencial sentada al respecto por el Tribunal Supremo.

Asimismo, tomando como referencia el contrato de compraventa, se analizan en sendos trabajos, por una parte, la regulación jurídica de la responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos en los Estados Unidos de América —estudiando sus principales diferencias con el sistema español—, y, por otra, la obligación del vendedor/suministrador de entregar al consumidor los “bienes conformes con el contrato de compraventa”, establecida en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, originada a consecuencia de la transposición a nuestro Derecho de la Directiva comunitaria 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, del Parlamento y del Consejo de Europa, que regula determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

El libro concluye con una necesaria referencia final a la valoración del daño resarcible, que, como es sabido, adquiere su razón de ser cuando se recurre a la denominada “reparación por equivalente” —el tipo de reparación más frecuente en la práctica—, consistente en entregar al perjudicado una cantidad de dinero que debe ser igual a la entidad económica del daño sufrido (en el caso de perjuicios patrimoniales) o, al menos, suficiente o apta para compensar el daño sufrido (en el caso de perjuicios no patrimoniales). La determinación de dichas cantidades de dinero en cada caso concreto implican un proceso de valoración de los daños causados que se consideren resarcibles, que también resulta objeto de análisis y estudio obligado.

La pretensión de los autores que hemos confeccionado la obra que ahora llega al lector se ha concretado en tratar de analizar con el necesario rigor científico los temas estudiados con la finalidad de poder ofrecer a aquél una visión lo más clara posible de los mismos. Que dicha intención se haya cumplido y la obra resulte de su interés es nuestro deseo

**Ramón P. Rodríguez Montero**  
Coordinador de la obra





---

## **Perfiles característicos de la denominada responsabilidad contractual en Derecho romano. Apunte histórico y de conjunto**

---

*Ramón P. Rodríguez Montero*  
Universidade da Coruña



## 1. La consideración patrimonial de la *obligatio* y su inescindibilidad del concepto de acción

Con el término *obligatio* se designa en el *ius civile* el vínculo o relación jurídica —*vinculum iuris*<sup>1</sup>— que se establece entre un acreedor<sup>2</sup> —titular activo— y un deudor<sup>3</sup> —titular pasivo—, basada en diferentes hechos y actos, lícitos o ilícitos —causas de la obligación—, reconocidos por el Derecho como generadores de un deber jurídico —*oportere*—, que se concreta en el cumplimiento de una prestación —deuda o *debitum*—, y que resulta exigible mediante el ejercicio de una acción personal civil —*actio in personam*<sup>4</sup>— a través de la que el acreedor reclama, en calidad de demandante, como debida la prestación incumplida al deudor demandado, pudiendo dar lugar, cuando concurren determinadas circunstancias, a una sentencia declarativa, ejecutable sobre el patrimonio del deudor.

Del mencionado concepto de obligación se suelen extraer dos características fundamentales que concurren en la misma: por una parte, su inescindibilidad del concepto de acción —acción y obligación se encuentran unidas de forma inseparable; solamente cabe hablar de obligación (*obligatio civilis*) en tanto en cuanto exista reconocida una acción para exigir su cumplimiento—; por otra, su patrimonialidad —el interés del acreedor, en caso de incumplimiento y consiguiente imputación de responsabilidad, se satisface patrimonialmente; el patrimonio del deudor queda afecto en garantía del cumplimiento de la obligación—.

En relación a estas dos características resulta necesario, no obstante, realizar algunas precisiones con carácter general.

Así, por lo que se refiere a la consideración patrimonial del concepto de obligación, con el que operan los derechos y la ciencia de inspiración romanística, cabe señalar que la misma no se identifica con la concepción jurídica originaria que el antiguo Derecho romano tenía de la obligación, en la que no ya el patrimonio, sino las propias cosas y personas eran las que quedaban afectas al cumplimiento de la prestación.

Partiendo de esta primitiva concepción, y a consecuencia de diversos cambios procesales que se fueron produciendo en el tiempo, que sustancialmente se concretarían en el reconocimiento dentro del procedimiento de las *legis actiones* de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* —en la que por primera vez aparece un *debitum* como objeto de la *actio in personam*—, la aprobación en el año 326 a.C. de la *Lex Poetelia Papiria* —por la que se estableció el principio de afectación del patrimonio del deudor, y no ya de su propia persona física, para el cumplimiento de una obligación surgida a consecuencia de un préstamo de dinero<sup>5</sup>—, así como la introducción por el derecho pretorio de la ejecución patrimonial con carácter ordinario, y la derogación por Augusto del antiguo procedimiento de ejecución personal —a

---

<sup>1</sup> IJ. 3.13.pr.

<sup>2</sup> D. 50.16.11 y 12.pr.

<sup>3</sup> D. 50.16.108.

<sup>4</sup> *Gai.* IV.2.

<sup>5</sup> *Liv. ab urbe condita* 8.28.8: “...pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset”.

través de la *Lex Iulia iudiciorum privatorum*—, unida a la generalización del régimen de las acciones declarativas como trámite general previo para poder hacer efectiva la satisfacción del interés del acreedor sobre los bienes del deudor, la Jurisprudencia clásica pudo formular un concepto patrimonial de la obligación en sentido sustantivo, subsistiendo sólo residualmente, tanto en aquella época como en la postclásica, el empleo del término *obligatio* en el primitivo sentido, según atestiguan la pervivencia del régimen de la noxalidad<sup>6</sup> y de la *obligatio rei*<sup>7</sup>.

La indicada transformación, operada en cuanto a la patrimonialización de la obligación, también se puede constatar en el ámbito de las obligaciones derivadas de los actos ilícitos.

Inicialmente, los delitos privados generaban un derecho de represalia sobre la persona física del autor del mismo, que sería sustituida con carácter general en el procedimiento de las acciones de la ley, y plenamente establecido tras la reforma procesal realizada por Augusto a través de la mencionada *Lex Iulia iudiciorum privatorum* por la imposición legal de una pena pecuniaria (*poena*), tras la celebración del correspondiente juicio declarativo.

Desde estos presupuestos, y en relación a los actos ilícitos sancionados por acciones que podrían encontrar su fundamentación en una antigua acción de la ley —delitos civiles—, la Jurisprudencia del Principado construiría posteriormente la categoría de la *obligatio ex delicto*, patrimonializando la responsabilidad civil derivada del acto ilícito, y convirtiendo en *debitum* el contenido económico de la *poena*, exigible mediante una *actio in personam* declarativa.

Esta idea de reintegración patrimonial se acentúa en las correspondientes acciones *in factum*, establecidas en el otro sistema que aparece junto al de los delitos civiles, el de los delitos pretorios. A través de las mismas se producirá la modificación del régimen de las acciones penales.

Finalmente, en Derecho justineano, se producirá desde el punto de vista conceptual una completa asimilación de las obligaciones derivadas de actos ilícitos a las verdaderas obligaciones patrimoniales que encuentran su causa en un acto lícito.

Por lo que se refiere a la aludida inescindibilidad de las nociones de *obligatio* y *actio in personam*<sup>8</sup> —mediante la que se exigía la deuda—, también se puede observar una evolución.

Tanto la Jurisprudencia tardo-republicana como la de comienzos del Principado operaron con un concepto técnicamente restringido de *obligatio* —entendida como la relación que se establece entre un acreedor y un deudor, de contenido y régimen patrimonial—, limitándose el término aludido para designar a las que tienen por objeto una deuda —*debitum*— basada en una causa reconocida por el *ius civile* como fundamento del deber jurídico —*oportere*— de cumplir una prestación, exigible por una acción de las encuadrables en el denominado sistema de acciones civiles

---

<sup>6</sup> *Gai.* IV.75 ss.; D. 47.1.1.2.

<sup>7</sup> D. 20.6.11.

<sup>8</sup> C. 4.10.

*in personam*. Dicho sistema de acciones estaría constituido en el procedimiento formulario por las derivadas de las antiguas acciones de la ley —unas basadas en una causa lícita, y otras fundamentadas en un acto ilícito (que se transformarían en patrimoniales por obra de la Jurisprudencia del Principado)—, y las de buena fe —*iudicia bonae fidei*, cuya incorporación al sistema procesal formulario, junto con la recepción en el ámbito jurídico del valor ético-social de la *fides*, supuso el reconocimiento de nuevas causas del vínculo obligatorio—.

No obstante, fuera del concepto restringido de *obligatio*, se situaron otras relaciones basadas en causas jurídicamente reconocidas para el ejercicio de una *actio in personam*, pero que no eran reconducibles al esquema de la relación obligatoria configurado por la Jurisprudencia tardo-republicana y de comienzos del Principado. Éstas se desarrollaron al margen de las *obligationes* por carecer de apoyo en el *ius civile*.

Se trata, en concreto, de las relaciones jurídicas de carácter personal sancionadas por el derecho pretorio con acciones *in factum*, mediante las que se otorgó tutela jurisdiccional —*actione teneri*— a situaciones derivadas tanto de actos ilícitos, como de causas negociales consideradas merecedoras de sanción judicial<sup>9</sup>.

La circunstancia de que el régimen de dichas acciones *in factum* fuese similar al de las acciones civiles, así como el hecho de que también condujesen a una condena pecuniaria a la que seguía su ejecución patrimonial, dio lugar a que la última Jurisprudencia clásica tendiese a extender el término *obligatio* a las susodichas relaciones sancionadas por el derecho honorario —*obligationes honorariae*—, operándose a partir de entonces —en un momento histórico en el que el procedimiento civil se encontraba estructurado de forma unitaria, según el modelo de la *cognitio extraordinem*, y el concepto de acción, igualmente estaba configurado con un carácter general— con un concepto unificado y general de obligación, en el que el aspecto sustantivo de la relación jurídica prevalecería sobre el procesal.

Finalmente, cabe indicar que la mencionada vía jurisdiccional fue utilizada desde el Principado para crear nuevas acciones personales, cuyas relaciones básicas serían integradas con posterioridad en el sistema de las obligaciones.

## 2. Contenido, exigibilidad, cumplimiento e incumplimiento de la obligación

Toda relación obligatoria encuentra su destino y función económico-social en la satisfacción por parte del deudor del interés del acreedor, que se concreta en el cumplimiento de la prestación o contenido de la obligación, cuya correcta realización produce la liberación del deudor y consiguiente extinción del vínculo obligatorio.

De las fuentes se deduce que la prestación puede tener por objeto un *dare* (dar) —que implica la atribución efectiva de la propiedad de una cosa<sup>10</sup>, o la constitución

<sup>9</sup> D. 13.5.1.8; D. 50.16.10.

<sup>10</sup> *Gai.* II.204; III.90; IV.4; D. 22.1.4.pr; D. 32.29.3; D. 45.1.2.1; D. 45.1.75.10; D. 45.1.91.pr; D. 50.17.167.pr.

de un derecho real limitado<sup>11</sup>—, o un *facere* (hacer) —entendido con carácter residual, es decir, como todas aquellas obligaciones que no consistan en un dar, y que, por tanto, comprendería cualquier comportamiento del deudor patrimonialmente relevante<sup>12</sup>, como la entrega (*tradere*) de la posesión de una cosa, la devolución (*reddere*) de algo del acreedor, e incluso una abstención del mismo deudor (*non facere*)<sup>13</sup>—, junto a los que también se menciona el *praestare*<sup>14</sup> como posible contenido de la prestación, que no debe de confundirse con la moderna teoría de la prestación, y que se emplearía con referencia a una obligación de garantía, o a la responsabilidad específica que el propio deudor asume frente al acreedor en el ámbito de una obligación de *dare* o de *facere*, como por ejemplo ocurre cuando el mismo debe de responder por culpa o custodia<sup>15</sup>.

Respecto a la exigibilidad y el cumplimiento de la prestación —que, como es sabido, presenta algunas peculiaridades cuando en la relación obligatoria concurren varios titulares activos o pasivos—, se suelen señalar con carácter general diversos requisitos.

Así, para que la prestación sea exigible, se indica que resulta necesario que la misma resulte posible<sup>16</sup>, lícita<sup>17</sup>, y determinada o, al menos, determinable conforme a elementos objetivos fijados por las partes<sup>18</sup> o, en algunos casos, según el criterio de un tercero (*arbitrium boni viri*<sup>19</sup>).

Para que su cumplimiento sea efectivo, ha de coincidir con el contenido objetivo de la prestación debida; tiene que satisfacerse en el lugar, tiempo y modo convenidos; y debe ser realizada al acreedor, a un representante autorizado del mismo, o a una persona expresamente designada para recibirla (*adiectus solutionis causa*).

El incumplimiento o defectuoso cumplimiento por parte del deudor u *obligatus* de la prestación que constituye el objeto del vínculo jurídico obligatorio —dando por supuesto que dicha prestación cumpliera los requisitos anteriormente señalados para su validez y, por tanto, exigibilidad— provoca que el acreedor se encuentre legitimado para ejercitar contra aquél la correspondiente *actio in personam* con la finalidad de exigirle el deber jurídico contenido en la prestación, pudiendo llegar a ser condenado —aunque no necesariamente siempre por el mero hecho de haber incumplido—, dependiendo de las circunstancias que concudiesen en el supuesto concreto de que se tratase.

En relación al incumplimiento, algunos romanistas suelen distinguir dos tipos, que denominan respectivamente como propio e impropio.

<sup>11</sup> D. 7.1.3.pr.; D. 7.7.5; D. 33.2.29; D. 45.1.56.6; D. 45.1.126.1; D. 45.2.15.

<sup>12</sup> D. 45.1.75.7; D. 50.16.175; D. 50.16.218; D. 50.16.176.

<sup>13</sup> IJ. 3.15.7; D. 8.3.33; D. 10.2.25.12; D. 45.1.2.5; D. 45.1.38.pr; D. 45.1.38.13; D. 45.1.49.1; D. 45.1.50.pr; D. 45.1.75.7.

<sup>14</sup> *Gai.* IV.2; D. 38.1.37.pr; D. 44.7.3. pr.

<sup>15</sup> D. 13.6.5.14; D. 19.1.11.7-8; D. 19.4.2; D. 21.2.31; D. 21.2.74.3; D. 21.3.78.3; D. 50.16.71.1; D. 30.108.12; D.50.17.23.

<sup>16</sup> D. 45.1.137.4-5; D. 50.17.31; D. 50.17.135; D. 50.17.182; D. 50.17.185.

<sup>17</sup> D. 28.7.15; D. 45.1.26-27.pr.; D. 45.1.35.1; D. 45.1.123; C. 2.3.6.

<sup>18</sup> *Gai.* III.140-143; D. 45.1.94-95; D. 45.1.115.pr.

<sup>19</sup> D. 17.2.75-80; D. 18.1.7.pr; D. 45.1.76.pr; D. 45.1.141.pr.-1; D. 50.17.22.1; C. 4.38.15; C. 5.11.3.

El incumplimiento impropio, indican, es el que se produciría cuando las causas que lo originan no afectan a la esencia de la obligación, y por ello no impiden su posterior —aunque en realidad, defectuoso— cumplimiento, mientras que, por el contrario, en el denominado incumplimiento propio, al afectar dichas causas —que en unas ocasiones podrían depender de la voluntad del deudor, y en otras resultarían ajenas a la misma— a la esencia de la obligación, éstas impedirían su ulterior cumplimiento.

Precisamente el incumplimiento de la prestación, la determinación de sus presupuestos y sus consecuencias, nos sitúa ante otra cuestión que se encuentra, según se ha dicho acertadamente, en el mismo centro de gravedad del Derecho de obligaciones: la relativa a la determinación de la posible imputación o no de responsabilidad al deudor por la falta de cumplimiento de la obligación.

### **3. *Contractus y delictum* como posibles fuentes de la *obligatio*. La originaria aproximación entre los denominados sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho romano**

Partiendo de la sistematización que de las fuentes de las obligaciones se recoge en las Instituciones de Gayo<sup>20</sup>, en la que el jurista establece una bipartición de las mismas en dos grandes especies (*summa divissio*), *contractus* y *delictum* —toda obligación, dice, proviene de un contrato o de un delito—, la doctrina romanística viene distinguiendo tradicionalmente entre una denominada “responsabilidad contractual” y otra “extracontractual” o “aquiliana”, cuya diferencia fundamental radica, según se suele indicar, en la circunstancia de que mientras que en la última no existe vínculo jurídico previo alguno entre el causante del daño y el perjudicado —supuesto de la responsabilidad nacida de delito o acto ilícito—, en el caso de las obligaciones contractuales, por el contrario, sí existe tal vínculo, que obliga al deudor a observar un determinado comportamiento.

Esta distinción, a la que recurriremos con finalidad expositiva, centrándonos en estas páginas en la denominada responsabilidad contractual, tradicionalmente ha venido siendo atribuida a los romanos, aunque los mismos no la plantearon de manera explícita. En este sentido, se dice que, en puridad, no puede hablarse propiamente en Derecho romano de un sistema de responsabilidad contractual y otro de responsabilidad extracontractual enteramente separados.

Según algunos autores, uno de los posibles motivos que explican esta circunstancia se encontraría en el hecho de que todavía en época clásica no existía una noción rigurosa y unitaria de *contractus*.

Como es sabido, este concepto —*contractus*— fue construido por Labeón<sup>21</sup> con un carácter restringido, tomando como referencia la estructura de determinados negocios —como la sociedad, el mandato, la compraventa y el arrendamiento— basados en la *fides* —en los que el vínculo obligatorio nacía del acuerdo de las partes

<sup>20</sup> *Gai.* III.88.

<sup>21</sup> D. 50.16.19.

y tenía un carácter recíproco—, configurando como característica del mismo el elemento objetivo de la reciprocidad de la relación obligatoria —*synallagma*— nacida de un convenio bilateral.

Tal significado se mantendría en el pensamiento de algunos juristas clásicos, aunque progresivamente combinado con el uso del término en un sentido más amplio, que quizá encontraría su origen en Sexto Pedio<sup>22</sup> —jurista del siglo II d.C.—, y que tendía a desplazar la esencia del contrato hacia el elemento convencional, con independencia de que la causa de las obligaciones correspondientes se encontrase en el consentimiento, o de que requiriese un acto posterior para que naciera el vínculo obligatorio.

Este nuevo concepto de contrato, entendido como “convenio lícito destinado a producir obligaciones” —distinto y mucho más amplio que el elaborado por Labeón— será el que acabará por imponerse en los juristas tardo—clásicos y también en Gayo, según un importante sector de la doctrina romanística; otros autores, por el contrario, sostienen que el alcance del *contractus* gayano tendría un sentido aún más extenso que el anteriormente indicado, comprendiéndose en el mismo todo “acto lícito destinado a crear un vínculo obligatorio”, con independencia de que fuese convencional o no.

En cualquier caso, el nuevo concepto de contrato pudo ser utilizado por Gayo como categoría general para formular una nueva sistematización de las obligaciones derivadas de actos lícitos.

En dicho concepto de *contractus* —entendido por los bizantinos como acuerdo entre una o más personas respecto a una prestación lícita y que exige los requisitos de consentimiento, objeto y causa— se inspiraría la tradición jurídica posterior, siendo desarrollado en el periodo del Derecho europeo intermedio, y convertido en el punto de referencia del Derecho de obligaciones por influencia de la Escuela del Iusnaturalismo racionalista, que formuló el dogma de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, de la que deriva la eficacia obligatoria del convenio contractual.

Por otra parte, también en relación a la anteriormente aludida aproximación originaria entre los ahora denominados sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual, se suele destacar la circunstancia de que los criterios de responsabilidad surgieron históricamente en el ámbito de los actos ilícitos o delitos, siendo posteriormente utilizados desde éstos con la finalidad de configurar la responsabilidad nacida de las obligaciones contractuales en general. Así, el que incumplía una obligación contractual, al igual que el que causaba un daño, se entendió que podía hacerlo dolosamente o culposamente, determinándose la valoración de su conducta, y, por consiguiente, la cuantía del resarcimiento —como es sabido, en época clásica, pecuniario—, a través de la correspondiente *actio* de que se tratase. Esa valoración de la cuantía del resarcimiento pecuniario, lógicamente, variaría en función del tipo de *actio* que se utilizase, dependiendo de que se tratase de reclamar una cosa cierta, cantidad de dinero o cosas fungibles (*certa pecuniae* o *certa res*), o bien una prestación consistente en una actividad o abstención (*facere-non facere*).

---

<sup>22</sup> D. 2.14.1.3.



El hecho de que la condena derivada del ejercicio de la acción en el proceso correspondiente —*condemnatio pecuniaria*— se aplicase por igual para los contratos y los delitos supuso una aproximación procesal entre las *actiones ex delicto* y las *actiones ex contractu*. Y ello porque, aún a pesar de que la *actio poenalis* nacida del delito comprendía un múltiplo del valor del daño —*aestimatio damni*, entendido como castigo—, frente a la *actio civilis*, surgida del vínculo obligacional, que exigía una simple valoración de la prestación en dinero —*quanti ea res tanta pecuniam condemnato*, considerada como resarcimiento por el perjuicio sufrido—, se entendió que la noción de *condemnatio pecuniaria* incluida en la *actio civilis*, contenía en el fondo un cierto sentido punitivo. Ello fue lo que definitivamente permitió acercarla a la pena pecuniaria (*poena*) establecida en razón de delito.

De esta forma se produjo la señalada equiparación del hecho ilícito, delictivo, al hecho lícito formalizado contractualmente entre dos sujetos, motivando así la incorporación tardía del delito *sub specie obligationis* —como posible fuente de la *obligatio*—, y dando lugar a la noción de *obligatio ex delicto*, que el propio Gayo, como ya se ha indicado, recogió en sus Instituciones.

#### **4. La denominada responsabilidad contractual en Derecho romano**

##### **4.1. Generalidades**

En materia de responsabilidad contractual los juristas romanos no establecieron una teoría o doctrina general, como ocurre en la actualidad. Simplemente se limitaron a aportar una multiplicidad de soluciones concretas —y, en algunos supuestos, controvertidas— a variados casos particulares que se les fueron planteando en la práctica cotidiana.

La toma en consideración de este *corpus* jurisprudencial, integrado por una gran cantidad de materiales diversos y dispersos, cuyos perfiles, por lo demás, no aparecen suficientemente claros, permitió a los intérpretes del Derecho romano y, en especial, a los pandectistas alemanes, elaborar la teoría de la denominada responsabilidad contractual, que posteriormente se incluiría en los Tratados y Códigos de la Europa occidental.

El análisis del aludido casuismo jurisprudencial ha presentado, y todavía presenta, especiales dificultades interpretativas, como pone de manifiesto la polémica doctrinal que aún hoy permanece abierta en cierta medida respecto a cada figura contractual concreta.

Las variadas fuentes jurídicas en que se contienen los textos en materia de la denominada responsabilidad contractual fueron estudiadas por algunos autores siguiendo en líneas generales, aproximadamente hasta el primer tercio del siglo pasado, los postulados extremos de la crítica interpolacionística, adoptándose por los mismos en muchas ocasiones posiciones excesivamente rígidas en sus planteamientos; tales planteamientos doctrinales radicales han venido siendo matizados progresivamente, hasta llegar a admitirse que también los juristas clásicos habrían utilizado en algunos supuestos una noción subjetiva de culpa.

En cualquier caso, es evidente que el estudio del denominado sistema clásico de responsabilidad contractual romano se debe de realizar necesariamente desde una perspectiva procesal.

Dicho sistema, como ya se ha indicado, se caracteriza por su acusada complejidad, y la misma, como es sabido, deriva de la diversidad del sistema de acciones, que, a su vez, permite contemplar una gran variedad de situaciones, matizando la posible responsabilidad del deudor en atención a las particulares circunstancias del caso concreto que se plantea.

A consecuencia tanto de la tipicidad de las figuras negociales a que se aplica, así como de la tipicidad de los respectivos medios procesales específicos que las tutelan, el criterio valorativo que en materia de responsabilidad contractual se adopta por los mencionados juristas clásicos romanos es concreto, es decir, se presenta como “típico”. Dichos juristas rechazan cualquier abstracción conceptual al respecto, limitándose a efectuar, como máximo, con ocasión del concreto examen de tales figuras negociales típicas, una enumeración de ciertos principios.

Los paradigmas del dolo, la culpa, y la denominada “responsabilidad objetiva”, en su consideración como criterios abstractos preconstituidos, sólo encuentran su fundamento en la tradición romanística, y se han ido formando a través de un largo desarrollo histórico que refleja las condiciones jurídicas de épocas diversas. Un proceso que, partiendo del sistema arcaico y pasando por la reflexión de los juristas clásicos, conduce a las elecciones de tipo clasificatorio efectuadas en la *Compilación justiniana*.

A través del examen de los textos romanos resulta posible constatar la existencia de una línea lógica continua entre la específica figura negocial concreta de que se trata, la fórmula procesal que le corresponde, y el criterio valorativo de la responsabilidad que se plantea como consecuencia del ejercicio de la correspondiente acción mediante la cual se solicitaba que el juez, en base a elementos concretos, procediese a condenar al deudor demandado.

#### ***4.2. Valoración de la responsabilidad del deudor en los iudicia stricti iuris y en los bonae fidei iudicia. Incumplimiento de la obligación y perpetuatio obligationis***

La responsabilidad del deudor se sanciona con criterios diversos en los dos tipos de juicios tradicionalmente contrapuestos: *iudicia stricti iuris* y *bonae fidei iudicia*.

En los primeros, la responsabilidad del deudor se conecta con la naturaleza rigurosa de la apreciación del juez, que caracteriza tales juicios por cuanto el *officium iudicis* se limita a la afirmación de la existencia de la *obligatio* y su incumplimiento.

La valoración de la responsabilidad del deudor se realiza en tales juicios en base a un objetivo nexo causal entre su comportamiento y el incumplimiento —principio de “responsabilidad objetiva”, que, según algunos autores, se presentaría como el criterio tendencial de valoración más antiguo en materia de responsabilidad a consecuencia de la mayor antigüedad de los negocios tutelados por *iudicia stricti iuris*—, sin que en una primera etapa se tomen en consideración otras circunstancias

de índole subjetivo como eran los vicios de la voluntad. Así, en las *conditiones* —acciones paradigmáticas de los *iudicia stricta*— la responsabilidad del deudor se hace depender del hecho exclusivo de no haber transferido la suma de dinero o la cosa cierta objeto del “*dare oportere*”.

El criterio valorativo de la responsabilidad en los *bonae fidei iudicia* es, sin embargo, distinto, puesto que el mismo traspasa en dichos juicios la mera comprobación de la relación causal, considerándose que el deudor es responsable únicamente cuando no se atiene a los cánones de comportamiento propios de una persona que actúa correctamente, es decir, cuando no se atiene al parámetro de la *bona fides*, que condiciona el efectivo análisis de su comportamiento, y en atención al cual se pide al juez en la fórmula correspondiente que condene o absuelva al demandado. Como comportamientos antitéticos a la *bona fides* se contraponen el fraude, el engaño y, por consiguiente, el dolo, que aparece dotado de un ámbito de aplicación más amplio al incluirse en su contenido todo tipo de conducta incorrecta.

Así, en la fórmula *in factum* de algunas acciones, como por ejemplo ocurre en la de la *actio depositi*, el dolo se toma expresamente en consideración, estableciéndose como criterio valorativo al que se remite al juez, que debe condenar al demandado cuando éste no haya restituido dolosamente la cosa recibida: “*si paret Am Am apud Nm Nm mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni Ni Ao Ao redditam non esse*”. Sin embargo, en las fórmulas *in factum* de otras acciones, como la de comodato<sup>23</sup> —también concedida por el pretor, y a la que, al igual que ocurrió en el depósito, se proporcionó posteriormente tutela civil mediante la instauración de un juicio de buena fe<sup>24</sup>—, se introdujo un criterio objetivo de valoración de la responsabilidad, concretándose la condena únicamente en la premisa de la falta de restitución de la cosa: “*si paret Am Am apud Nm Nm mensam argenteam commodasse eamque redditam non esse*”. Tal criterio valorativo aparece designado en las fuentes con el término *custodia* —al que nos referiremos *infra*—, en una acepción particular referida a esta expresión y con la que también se denominó la mera actividad de vigilancia de la cosa, incluida, por ejemplo, entre las diversas obligaciones del depositario.

Además de la aludida diversidad de planteamientos que en materia de responsabilidad es realizada por los juristas romanos según el distinto tipo de juicios que se utilizasen —*iudicia stricta* y *iudicia bonae fidei*—, lo cierto es que resulta posible apreciar otra diferenciación, establecida en este caso desde un plano sustantivo, y que necesariamente también se ha de tomar en consideración. La misma se concreta en el distinto tratamiento otorgado por los juristas romanos en materia de responsabilidad, por una parte, a las obligaciones de *dare* originadas a consecuencia de *stipulatio* o legado (para cuya sanción se encontrarían previstos los *iudicia stricti iuris*), y por otra a las obligaciones con objeto incierto (en particular, obligaciones de *facere*) surgidas de *stipulatio* y legado, o de un contrato consensual y, en general, de relaciones sancionadas mediante acciones con *formula incerta*.

<sup>23</sup> D. 13.6.1.pr.

<sup>24</sup> *Gai.* IV.33; IV.47.

Los resultados obtenidos en la práctica de los *iudicia bonae fidei*, en los que se habría iniciado una nueva elaboración del régimen de responsabilidad contractual que, esencialmente, se identifica por algunos autores con una segunda etapa, fueron extendidos con posterioridad al ámbito de aquellos otros juicios que, disponiendo de una *formula incerta* y sin ser de buena fe, también se clasifican como *stricti iuris: conditio incerti ex stipulatu y ex testamento*.

Por otra parte, resulta necesario destacar que, dentro del otro ámbito, el de las obligaciones de *dare* cosas específicas o correspondientes a un *genus limitatum*, surgidas a consecuencia de una *stipulatio* y de legados, se planteó un problema particular a consecuencia de la aplicación del principio establecido en virtud del cual la imposibilidad sobrevenida de la prestación por perecimiento físico o jurídico del objeto en este tipo de obligaciones de *dare* extinguía la obligación. Especialmente en todos aquellos casos en los que el perecimiento del objeto debido —ocurrido después de la promesa efectuada y antes de su cumplimiento, que, a tenor de la aplicación de la citada regla, provocaría la extinción de la citada obligación— se produjese a consecuencia de un acto propio del deudor, puesto que si por irrealizable resultaba inadmisibles pretender de éste una prestación imposible, por razones de justicia material también resultaría injusto admitir que el mencionado deudor pudiese provocar deliberadamente dicha imposibilidad con la finalidad de liberarse del cumplimiento de la obligación<sup>25</sup>.

La solución proporcionada a dicho problema por los *veteres* (antiguos juristas republicanos), a través de la regla formulada de manera aproximativa “*si per debitorem steterit, quo minus daret, perpetuatur obligatio*” —es decir, “si depende del deudor que no se dé (la cosa debida), la obligación se hace perdurar”— constituyó, según se indica, el primer planteamiento dogmático del problema de la responsabilidad contractual.

Mediante la citada regla se quiere significar que cuando el hecho del perecimiento de la cosa antes del cumplimiento sea imputable al deudor —es decir, cuando dicho perecimiento se haya producido por una causa imputable al deudor: “*si per eum steterit*”—, la subsiguiente imposibilidad de la prestación no se considera liberatoria para el mismo deudor, por cuanto su obligación de *dare* la cosa continuaría existiendo sin limitaciones temporales —*perpetuatur obligatio*—, pudiendo en tal caso el juez condenar al obligado demandado a pagar al acreedor el valor del objeto. Esta idea de la perpetuación de la obligación reaparecerá con posterioridad, concretándose en la no exoneración de responsabilidad *quando culpa praecessit casum*.

La imposibilidad de la prestación que ha tenido lugar antes del cumplimiento podía ser imputable al deudor en dos situaciones distintas: o bien porque la citada imposibilidad se hubiese producido durante la mora o retardo en el cumplimiento del deudor —es decir, cuando habiendo debido cumplir, o al menos ofrecer la prestación al acreedor, no lo hubiese hecho sin motivo justo—, independientemente de su propia intervención; o en su caso porque, también antes del cumplimiento, la

---

<sup>25</sup> D. 4.3.7.3.

imposibilidad hubiese sido causada por un hecho atribuible no ya al acreedor o a un tercero, ni tampoco a caso fortuito o fuerza mayor, sino al mismo deudor, sin encontrarse en mora y con intervención de su propio comportamiento.

Para referirse a esta segunda situación los juristas clásicos utilizaron en algunas ocasiones la expresión *factum debitoris*, y también en otras la de *culpa debitoris*, noción ésta cuya elaboración, según algunos autores, comenzaría a iniciarse en la época en que se formuló la regla de la *perpetuatio* que ahora nos ocupa.

Con la frase *factum debitoris*, que probablemente habría sido la expresión originariamente utilizada, los juristas hacían referencia, todavía en época clásica respecto a las obligaciones a las que se aplicaba la citada regla de la *perpetuatio*, a un hecho positivo —y no a una omisión<sup>26</sup>— identificable con un comportamiento del deudor —doloso o culposo, en sentido estricto—, y no con el de un tercero o el que se produjese aleatoriamente en el propio supuesto.

Cuando la imposibilidad sobrevenida resultase imputable al deudor, la obligación, según ya se ha indicado, se mantenía o hacía perdurar (*perpetuatur obligatio*), no ya sobre el plano de los eventos materiales, sino, como es lógico, sobre el de los jurídicos.

Tal solución —de difícil comprensión para un no jurista, como frecuentemente ocurría en Roma con los jueces y abogados—, se presentaría para un sector de la doctrina romanística como el producto de una operación dogmática de abstracción mediante la cual se procedería a aislar la obligación de los hechos, fijándola en el estado en que se encontrase, poniéndola a disposición del acreedor hasta el ejercicio de la acción por parte del mismo; sin embargo, para otros autores, más bien se trataría de una ficción.

#### ***4.3. La naturaleza de la acción ejercitable y la naturaleza de la prestación debida como elementos condicionantes en la elaboración del régimen romano de responsabilidad contractual. Deberes subsidiarios de praestare***

En cualquier caso, a consecuencia de la perpetuación de la relación obligatoria, una vez producida la imposibilidad sobrevenida de la prestación, el deudor pasará de encontrarse en una situación de obligación —situación que sería la originariamente prevista, destinada al cumplimiento, y que atribuía respectivamente al acreedor una expectativa a la satisfacción de su crédito, y al deudor una expectativa a su liberación; ambas imposibles de realizar a partir del incumplimiento— a hallarse en una situación distinta, que se califica como de responsabilidad del deudor. En dicha nueva situación, se establece una sujeción del deudor a la acción ejercitable por el acreedor, mediante la que éste solicita de aquél el cumplimiento de otra obligación, que, en este caso, únicamente se concreta, a partir del éxito de la acción ejercitada y a través de la correspondiente sentencia condenatoria, en una prestación supletoria<sup>27</sup>, es decir, en una obligación de resarcimiento.

<sup>26</sup> D. 45.1.91.pr.

<sup>27</sup> *Gai.* III.180.

Por consiguiente, mientras que la prestación resulte posible, el acreedor puede exigir la mediante el ejercicio de la correspondiente acción —cuya finalidad se concreta en forzar al deudor a cumplir—, y el deudor debe de cumplirla, sin que se plantee ningún problema de responsabilidad, dado que el juez se limitará a condenar, si resulta procedente, sin tomar en consideración criterio alguno de responsabilidad. Dicho problema solo se planteará cuando resulte imposible, debiéndose determinar en tal caso si el deudor debe de responder o no por dicho incumplimiento o, lo que es lo mismo, establecer si la imposibilidad de la prestación le resulta imputable o no.

Cosa distinta ocurre en el supuesto del incumplimiento de las obligaciones derivadas de situaciones que se encuentran protegidas mediante *iudicia bonae fidei*, en particular de obligaciones surgidas de contratos consensuales, en las que el planteamiento de los problemas en materia de responsabilidad, suscitados a consecuencia del citado incumplimiento, se efectúa de forma diferente frente a las anteriores obligaciones de dar cosas determinadas, originadas de *stipulatio* o legado *per damnationem*. Ello sucede así, tanto a consecuencia de la distinta naturaleza de la acción ejercitable puesta a disposición del acreedor insatisfecho, como de la distinta naturaleza de la prestación debida.

En este sentido, por lo que a la naturaleza de la acción ejercitable se refiere, se señala que, mientras que en el caso de las obligaciones de dar cosas determinadas (*certum dare oportere*) derivadas de *stipulatio* o legado damnatorio, el juez se debe de limitar simplemente a afirmar la existencia de la obligación de *dare* la cosa a cargo del demandado, y en caso afirmativo a condenarle a pagar el valor del objeto mismo —sin tomar en consideración cualquier otra circunstancia, como por ejemplo podría ser el daño ocasionado a consecuencia del retardo injustificado en el cumplimiento—, en el caso de las obligaciones pertenecientes a situaciones protegidas con *iudicia bonae fidei*, el juez no debe verificar la existencia de una obligación a cargo del demandado —puesto que la misma ya le resulta determinada por el pretor—, sino, más bien, una vez confirmada la existencia efectiva del contrato invocado por el actor, en base al cual la acción se ejercita —que aparecería previsto en la *demonstratio*—, realizar una operación compleja con la finalidad de establecer —tomando para ello en consideración la relación contractual en su integridad, es decir, atendiendo a las obligaciones de ambas partes<sup>28</sup> y las demás circunstancias del caso— lo que dicho demandado, en virtud del principio de la buena fe objetiva, deba al propio actor, es decir, *quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona*<sup>29</sup>.

De todo ello se deduce que en el supuesto de los *iudicia bonae fidei* el problema de la responsabilidad del deudor por la inejecución de sus obligaciones se plantea como uno de los elementos posibles y preliminares de un razonamiento mucho más complejo.

En cuanto a la naturaleza de la prestación debida también se pueden apreciar diferencias entre ambos tipos de obligaciones.

---

<sup>28</sup> *Gai.* IV.61.

<sup>29</sup> *Gai.* IV.47; 50; 60; 131 a).

Las obligaciones de *dare* cosas determinadas se presentan con la estructura simple de las obligaciones de resultado<sup>30</sup> en su forma más pura, por lo que el deudor se libera haciendo adquirir al acreedor la propiedad del objeto —transfiriéndosela de forma efectiva a través de la correspondiente *mancipatio* o *in iure cessio*—, sin que se plantee problema alguno en cuanto a la modalidad de la prestación (ejecución viciosa). Ello, sin embargo, es lo que ocurre en las obligaciones de *facere*, que son las que fundamentalmente y en mayor medida, frente a las obligaciones de *dare*, se toman en consideración en el ámbito de los contratos consensuales. Precisamente en dichas obligaciones de *facere* derivadas de los señalados contratos, normalmente sí se suelen plantear cuestiones relativas a la modalidad de la prestación, puesto que las mismas presentan una estructura compleja y variada, pudiendo sustanciarse, indistintamente, tanto en obligaciones de conducta, como de resultado.

La amplia y variada casuística que es tomada en consideración por los juristas romanos para plantear el problema de la responsabilidad por inejecución de las obligaciones —fundamentalmente de *facere*— dentro del ámbito de los juicios de buena fe, encuentra un elemento unificador en la idea de la prestación, identificada por la Jurisprudencia romana con el verbo “*praestare*”, considerado en su acepción técnico-jurídica como “ejecutar una prestación” en sentido amplio, es decir, incluyéndose en la misma, además de la idea de realizar la actividad o resultado materiales que concretan la satisfacción del deudor, también la de garantizar por parte de éste al acreedor la obtención de todo lo que sirve para asegurarle la propia satisfacción de su crédito.

En la triada *dare facere praestare*<sup>31</sup> —entendida en sentido riguroso, donde cada uno de los términos referidos a los tres posibles tipos del contenido de la obligación, según se ha indicado, presentan un significado autónomo—, los dos primeros vocablos —*dare facere*— representarían los deberes principales, mientras que con el término *praestare* se identificarían los denominados deberes subsidiarios que corresponden a los criterios necesarios para la evaluación de la ejecución de los deberes principales de *dare* o *facere*, o para decidir la responsabilidad por su inejecución.

Los aludidos deberes subsidiarios de *praestare* presentan naturaleza diversa y funcionan a efectos prácticos de manera distinta.

El principio general de que se parte en el supuesto de las obligaciones de *facere* que tienen por objeto la entrega de una cosa, se concreta en considerar cumplida la prestación cuando la cosa entregada posee las características que permiten identificarla como la que es debida; *sensu contrario*, cuando la cosa entregada es distinta de la que se debería de entregar, o bien cuando la misma se entrega deteriorada, se entiende incumplida la obligación, generándose entonces la correspondiente responsabilidad por el citado incumplimiento.

El cumplimiento del deber principal —en este caso, el *facere*— excluye, por consiguiente, como es lógico, la toma en consideración de los denominados deberes subsidiarios de *praestare*.

<sup>30</sup> Vid. para estas: D. 50.16.5.1; D. 22.1.4.pr.

<sup>31</sup> *Gai.* IV.2; D. 44.7.3.pr.

Dichos deberes subsidiarios de *praestare* son tenidos especialmente en cuenta por los juristas romanos en determinados supuestos problemáticos típicos, en los que aquellos, como ya se ha indicado, funcionan de manera diferente.

Así, en el caso de la venta de cosas respecto de las que se hayan señalado especiales particularidades<sup>32</sup>, o prestaciones de *opus facere* —en especial, arrendamiento de obras de construcción—, en las que el *conductor* se encuentra gravado por una obligación de resultado<sup>33</sup>, los deberes subsidiarios (de *praestare*) a que se encuentran constreñidos el vendedor y el constructor, respectivamente, sólo funcionan como criterios para juzgar la correcta o incorrecta —equivalente en tal caso a “incumplida”— ejecución de la prestación.

Cosa distinta sucede en los supuestos en que la prestación principal de *facere* se haya hecho imposible.

Así ocurriría cuando, por ejemplo, un cliente entrega a un lavadero profesional (*fullo*) un vestido de lana para lavarlo y, antes de su restitución al cliente, le es sustraído por un tercero, que imposibilita dicha restitución<sup>34</sup>; o cuando el lavadero ha lavado y restituido el vestido al cliente, pero en mal estado, es decir, deteriorado, porque al lavarlo mal, lo ha tupido<sup>35</sup>; o cuando se entregan en arrendamiento dos mulas para que el arrendatario llevase a cabo un transporte, acordando los intervinientes en la relación arrendaticia limitar la posibilidad de carga sobre los animales, y el arrendatario, sobrepasando el límite de carga quiebra esas mulas, imposibilitando de esta forma su devolución en el mismo estado en que las había recibido<sup>36</sup>; o cuando se arrienda el transporte de unas vasijas de vidrio, y al realizar las operaciones correspondientes de transporte, el transportista las rompe, imposibilitándose su entrega en el lugar de destino previsto<sup>37</sup>.

En tales supuestos, frente a los anteriormente indicados, donde habiéndose cumplido se cuestiona si tal cumplimiento ha resultado correcto, es en los que propiamente se plantea un problema de responsabilidad, puesto que se trata de determinar si la imposibilidad de la prestación ha liberado o no al deudor, eximiéndole o imputándole la correspondiente responsabilidad.

Para resolver esta cuestión los juristas romanos recurren a los deberes subsidiarios de *praestare*, que gravan al deudor en función del cumplimiento de la obligación principal, y que resulta preciso establecer partiendo de los acuerdos realizados por las partes, del principio de la buena fe, o de los que fuesen aplicables a la relación en cuestión.

Tomando como posible referencia ejemplificativa los casos anteriormente indicados, la resolución del problema planteado en torno a la atribución de responsabilidad al deudor depende en los dos primeros supuestos del hecho de que los lavaderos

---

<sup>32</sup> Vid., por ejemplo, D.18.1.43.pr; D. 21.1.18; D. 21.1.19.pr. y 1.

<sup>33</sup> D. 50.16.5.1. Respecto a la concreta obligación relativa a entregar la construcción conforme al proyecto acordado: D. 19.2.60.3.

<sup>34</sup> *Gai.* III.205.

<sup>35</sup> D. 19.2.9.5.

<sup>36</sup> D.19.2.30.2.

<sup>37</sup> D. 19.2.25.7.



estaban obligados a *praestare peritiam*; en el del arrendatario de las mulas, de la circunstancia de que estaba obligado a *praestare* el respeto al límite de carga pactada; y en el del transportista, de que debía *praestare* la necesaria diligencia al realizar las correspondientes operaciones relacionadas con el transporte.

Si el juez, tras realizar bajo los parámetros indicados el examen correspondiente de la ejecución de la prestación principal debida por el deudor, constata el incumplimiento de los citados deberes de *praestare* relativos a la relación de que se trate —cuya violación sólo resulta directamente accionable, y no subsidiariamente<sup>38</sup>, en las obligaciones de garantía por vicios ocultos y evicción—, procederá a imputar al deudor la imposibilidad sobrevenida de la prestación, haciéndole responder por el mencionado incumplimiento de la citada prestación y además por los daños ocasionados derivados de su incorrecta actuación.

Aparte de implicar en algunos casos la imposibilidad de poder cumplir la obligación principal de restitución o entrega de la cosa —según sucede cuando, por ejemplo, se entrega una gema a un joyero para engazarla en una diadema, y al realizar mal su trabajo el orfebre, la gema se fractura<sup>39</sup>—, tales daños también podrían ser considerados de forma autónoma en otros supuestos, como por ejemplo ocurre cuando se encarga a un médico la curación de un esclavo —obligación principal ésta que, como es sabido, debe realizar ateniéndose a las reglas específicas de su arte (*praestare peritiam*)—, al que le diagnostica correctamente una enfermedad, pero que, por operar incorrectamente, por valerse de fármacos inapropiados, o por omitir las necesarias curas postoperatorias, muere<sup>40</sup>.

## 5. Criterios utilizados como medida para la imputación de responsabilidad

Cuando se indica que el deudor responde o puede responder por dolo, culpa o custodia, y que, en general, no responde por caso fortuito o fuerza mayor, se hace referencia a los habitualmente denominados, en terminología moderna, “criterios de responsabilidad”. Tales criterios, que se identifican con unos determinados comportamientos de los que nos ocuparemos seguidamente, son incluidos por los juristas romanos entre los deberes subsidiarios que son objeto del verbo *praestare*, entendido con el significado de “garantizar, asegurar el deudor (al acreedor) algo”, en sentido positivo —como cuando por ejemplo se utilizan las expresiones *dolum praestare*<sup>41</sup>, o *culpam praestare*<sup>42</sup>— o negativo —como por ejemplo ocurre en la dicción *dolum abesse praestare*<sup>43</sup>, o con la también utilizada, pero con menor frecuencia, *culpam abesse praestare*<sup>44</sup>—, indistintamente y de forma equivalente.

<sup>38</sup> Es decir, mediante su toma en consideración en la acción con la que el acreedor lamenta la inejecución de la obligación principal: cfr. D. 50.17.23.

<sup>39</sup> D. 19.2.13.5; vid., además, D. 9.2.27.29.

<sup>40</sup> D. 9.2.7.8; D. 9.2.8.pr.

<sup>41</sup> D. 50.17.23.

<sup>42</sup> D. 9.3.6.2.

<sup>43</sup> D. 19.1.30.1.

<sup>44</sup> D. 21.1.31.14.

### 5.1. *Dolo*

El término dolo, según es sabido, asume en el lenguaje jurídico diversos significados básicos.

En su consideración como criterio de responsabilidad, el dolo expresa la idea de un comportamiento voluntario que produce consecuencias para otros. Genéricamente se identifica, por tanto, con una conducta consciente y querida, e inicua, que en una fase ya evolucionada se vino contraponiendo al concepto de culpa, entendida frente al anterior como una actitud negligente.

Desde su inclusión en la antiquísima *lex Numae* ya citada, que dió lugar a la aparición del concepto de responsabilidad por dolo —sancionando como *parricidas* al que con intención dolosa (*dolo sciens*) produjese la muerte de un hombre libre—, hasta su posterior consideración como criterio práctico de valoración de la responsabilidad en materia de contratos consensuales, el concepto de *dolus*, inicialmente aplicado en el ámbito de los delitos, atravesó por una larga historia, experimentando en su aplicación y significado una permanente evolución.

En una época antigua, dentro del ámbito de los *iudicia bonae fidei*, sólo los actos dolosos manifiesta y conscientemente desleales se estimaron como atentatorios a la buena fe, encontrándose en el denominado *dolus malus* la contrapartida a la *bona fides*. En contraposición al mismo se sitúa el *dolus bonus*, consistente en las usuales astucias utilizadas en los negocios habitualmente realizados por los pequeños comerciantes, halagando las virtudes de sus productos<sup>45</sup>, que únicamente era tomado en consideración a efectos jurídicos para excluir su relevancia.

Tal contraposición se mantuvo aún después de que, a consecuencia de las nuevas concepciones posteriores, la *bona fides* fuese dotada de un contenido mucho más amplio, produciéndose como resultado de ello una importante ampliación del concepto de *dolus*, que pasó a comprender, además del acto antijurídico consciente y la conducta artificiosa y falaz, toda clase de deslealtad, todo obrar impropio de personas honradas, con independencia de que el acto realizado por el deudor fuese de acción u omisión<sup>46</sup>, lo que, desde un punto de vista práctico, podía provocar que una conducta, calificada como moralmente intachable, pudiese ser estimada como un obrar doloso cuando existiese el deber de comportarse de una determinada manera<sup>47</sup>.

Del citado concepto amplio de *dolus* quizá pudo derivar la necesidad que existía de observar un cierto grado de cuidado en los actos en general, con la finalidad de que no fuesen calificados como dolosos, e incluso, más singularmente, en algunos que, siendo ejecutados culposamente, también podían equipararse con la responsabilidad por dolo.

En cualquier caso, la responsabilidad por dolo siempre resultaba exigible, lo que implicaba que ninguna de las partes intervinientes en la relación contractual pudiese sustraerse de responder por tal conducta, puesto que, aún mediando el

---

<sup>45</sup> D. 4.3.1.3.

<sup>46</sup> *Cicer. pro Ros. Amer.* 38.111; D. 16.3.32.

<sup>47</sup> D. 16.3.7.pr.

correspondiente consentimiento prestado por la otra parte<sup>48</sup>, el pacto *de non petendo dolo* siempre se consideraba nulo, y se tenía por no puesto<sup>49</sup>.

No obstante lo indicado, la exigencia de la responsabilidad por dolo quizá únicamente se hiciese imposible a través de un recurso indirecto: el pacto mediante el que uno de los contratantes se comprometiese a no ejercitar la correspondiente acción derivada del contrato.

Por otra parte, la responsabilidad por dolo, considerada en sí misma como la más leve para la parte a la que grava —puesto que la misma implicaría responder sólo en caso de que se quiera dañar—, se conecta con la infamia, que es otro de los conceptos fundamentales que tanta importancia presentaron en Roma, tanto en el ámbito público como en el privado. Así, en aquellos contratos en los que la condena se limitaba al dolo —*societas, mandatum, depositum*—, al deudor demandado y condenado se le aplicaría la tacha de infamia, que, como es sabido, producía importantes consecuencias personales y patrimoniales para el mismo.

## 5.2. *Culpa*

Junto al *dolus* también se recoge la *culpa*, ya al final de la época clásica, como otro posible criterio práctico de valoración de la responsabilidad en los *iudicia bonae fidei*.

*Culpam praestare* significa asegurar a la otra parte la ausencia o presencia de ciertos comportamientos respecto a la ejecución de la prestación debida. El deudor incurre en culpa cuando, frente a lo previsto, su comportamiento se traduce en una acción u omisión inicialmente excluidas.

Lo que distingue el comportamiento culpable, entendido en sentido estricto, del comportamiento doloso —que también puede ser considerado en un sentido amplio como comportamiento culpable—, se concreta en la circunstancia de que el criterio de la culpa no es observable desde el perfil del fraude —mala voluntad, elemento intencional o deseo de dañar—, sino que contiene un juicio de censura o reprobación en sí mismo, independientemente de su voluntariedad con el perjuicio causado a la otra parte —descuido, falta de diligencia—, es decir, con independencia de que el causante, al comportarse de una determinada manera —que en su actuación puede perfectamente haber actuado de buena fe, desde un punto de vista subjetivo—, haya pretendido dañar a la otra parte, como por ejemplo ocurre en el caso del médico que, por ser desconocedor de su propia ignorancia médica, cure mal al paciente.

El criterio de la culpa es mucho más reciente que el del dolo, puesto que en su elaboración específica —cabe recordar que ya en la Ley de las XII Tablas se recogía, de una forma muy peculiar, además del incendio causado involuntariamente<sup>50</sup>, la hipótesis de la muerte producida involuntariamente<sup>51</sup>, debiéndose en tal caso

<sup>48</sup> D. 50.17.23.

<sup>49</sup> D. 2.14.27.3.

<sup>50</sup> Tab. VIII.10.

<sup>51</sup> Homicidio culposo: no hay homicidio si el arma va más lejos de la mano de lo que el actor la ha arrojado “*si telum manu fugit magis quam iecit*”: Tab. VIII.24.a), es decir, si se escapó de la mano de quien la llevaba.

entregar por el causante involuntario un carnero a los agnados de la víctima—, probablemente se remontaría al siglo III o al II a.C.

Tal criterio ya fue utilizado por los juristas en relación a las obligaciones de *dare* nacidas de *stipulatio* o de legado, y se habría construido en la interpretación del término *iniuria* —en el que los juristas preclásicos incluyen la culpa<sup>52</sup>— de la *lex Aquilia de damno*.

Precisamente en ella aparece especialmente vinculada a la idea de causalidad, que hace responsable a quien causa inmediata y materialmente el daño —exigiéndose al respecto un nexo físico con el objeto dañado para que haya daño: *damnum corpore corpori datum*— dentro de los supuestos contemplados en dicha norma (*iniuria occidere, urere, frangere, rumpere*); lo que implicaba que los daños causados por omisión, o bien de forma indirecta o mediata, quedasen al margen de la noción de culpa.

No obstante, como es sabido, tales supuestos también fueron sancionados posteriormente por intervención pretoria, aplicando por analogía los principios de la Ley Aquilia mediante el recurso a *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae*, lo que provocó que en la última época del periodo clásico se atenuase el rigor de la exigencia del requisito de la causación directa del daño, llegando el mismo a ser prácticamente abandonado.

La noción de culpa se fue extendiendo, por tanto, desde la limitada y primitiva culpa aquiliana, hasta alcanzar el sentido de responsabilidad no dolosa, contrapuesta al *dolus*, adquiriendo frente al mismo inicialmente el significado de negligencia; significado éste con que también se presenta en materia contractual —cuyo empleo más antiguo resulta testimoniado, según un sector de la doctrina, en un responso relativo a la dote de Licinia, mujer de Cayo Graco<sup>53</sup>—, pero no de forma exclusiva, puesto que quizá ya a finales de época clásica, también se identificaría en el mencionado ámbito contractual con un deber de diligencia.

En la definición de la noción de culpa que es realizada por los juristas romanos se pueden apreciar diversas etapas evolutivas fundamentales en las que aquellos van a ir precisando progresivamente los contornos básicos del concepto.

Así, Quinto Mucio Escévola, en una respuesta proporcionada como solución al conocido caso que se le plantea respecto a la muerte ocasionada a un transeúnte al desprenderse una rama talada por el que se encontraba podando un árbol, o por uno que estaba trabajando sobre un andamio<sup>54</sup>, define la culpa como negligencia, entendida en esta acepción más antigua como incuria —es decir, hacer algo sin preocuparse de las consecuencias que el acto realizado puede ocasionar a otro—: *culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatur esse, cum periculum evitari non possit*.

Posteriormente, ya en el siglo I d.C., Nerva procedió a matizar que un comportamiento más negligente que el que pudiese razonablemente esperarse de una

---

<sup>52</sup> D. 9.2.52.3 y 57.

<sup>53</sup> Recogido en D. 24.3.66.pr.

<sup>54</sup> Contenido en D. 9.2.31, y relativo a la interpretación de la Ley Aquilia.

persona normal cualquiera —*culpa latior*—, no debía ser considerado como culpa, sino, más bien, entendido como dolo; opinión ésta que parece haberse consolidado de forma definitiva con Celso<sup>55</sup>. Será precisamente este último jurista el que, basándose en decisiones casuísticas adoptadas precedentemente, matizará que también la impericia ha de computarse como culpa<sup>56</sup> cuando la prestación debida tenga la consideración de técnica, incluyéndose entre las mismas los artificios vulgares, y con independencia del nivel más o menos cualificado de especialización requerido<sup>57</sup>.

De las sucesivas matizaciones realizadas por los juristas en torno al concepto de culpa se deduce que dicho criterio de responsabilidad no presentaría un carácter propiamente subjetivo. El mismo, en su utilización concreta, exige una valoración del comportamiento del obligado realizada según criterios objetivos.

Así, para apreciar correctamente el comportamiento concreto del obligado en relación al comportamiento debido —es decir, a lo que el deudor debe realmente *praestare*—, se procedería a confrontar la conducta efectivamente seguida por dicho deudor con aquélla atribuible a un determinado modelo —que se construye por los juristas romanos con método casuístico—, estableciendo lo que el deudor se encuentra obligado a *praestare* según los principios de la buena fe objetiva.

El señalado modelo, lógicamente, no es único, sino que varía dependiendo de que las prestaciones debidas tengan el carácter de técnicas o no.

Por lo que se refiere a las últimas —no técnicas—, el modelo general que se toma respecto al deber de diligencia exigido en tales prestaciones es el del hombre medio *frui et diligens*, en calificación de Alfenó<sup>58</sup>, o del *prudens et diligens pater familias*, según la definición de Paulo en nota a Labeón<sup>59</sup>. Dicho modelo general se utiliza por los juristas clásicos como parámetro para construir el modelo específico referido a la persona del deudor y a las circunstancias de la prestación debida en relación al caso concreto que se plantee<sup>60</sup>.

La situación cambia en el caso de las prestaciones técnicas. En este tipo de prestaciones, en las que el deudor debe *praestare* su propia pericia profesional, el modelo que se toma como referente no es ya, como ocurre en el caso de las anteriores, un *homo* o un *pater familias*, sino un *artifex*, perteneciente a la categoría de que se trate, provisto de la oportuna diligencia profesional, e independientemente de sus cualidades personales (*aetas, sexus, valetudo*)<sup>61</sup>.

Junto a los dos tipos indicados de culpa —culpa/negligencia y culpa/impericia, en terminología utilizada por un sector de la doctrina—, se suele situar un tercer tipo posible, que se concreta en la denominada culpa consistente en la violación de un límite contractual.

<sup>55</sup> D.16.3.32.

<sup>56</sup> *Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit*: D. 19.2.9.5.

<sup>57</sup> Vid., por ejemplo, D. 15.1.27.pr., en referencia a la *sarcinatrix* y a la *textrix*.

<sup>58</sup> D. 18.6.12.

<sup>59</sup> D. 19.1.54.pr.

<sup>60</sup> Según ocurre en D. 45.1.137.2 respecto a una *stipulatio* de *dare certo loco*.

<sup>61</sup> Así se indica en D. 45.1.137.3, con la finalidad de determinar el tiempo necesario para llevar a cabo por el profesional correspondiente la construcción de un edificio.

En este último supuesto el modelo concretamente utilizable —que va a servir para realizar la valoración del comportamiento del deudor en el incumplimiento de la prestación— sufre determinadas variaciones a consecuencia no ya de acuerdos tendentes a adosar o exonerar una responsabilidad por culpa —que en atención a las reglas normales, respectivamente, debería o no corresponder a uno de los contratantes—, sino en virtud de la introducción por las partes intervinientes en la relación contractual, mediante los correspondientes acuerdos, de la necesidad de observar o abstenerse de realizar determinados comportamientos pactados, o ciertos tipos de comportamientos debidos o consentidos<sup>62</sup>.

Al margen de las ya mencionadas adaptaciones concretas dependientes de las especiales convenciones realizadas por las partes, como es lógico, el modelo también puede sufrir directamente determinadas variaciones, a consecuencia de las circunstancias de hecho que condicionan el comportamiento exigible, como por ejemplo ocurre en el ámbito de la relación jurídica de comodato, en la que la naturaleza de la cosa comodada influye en la posible valoración del comportamiento del comodatario como correcto o incorrecto<sup>63</sup>.

La idea de la culpa se va a presentar en las épocas postclásica y justiniana con carácter general como base de la responsabilidad, tanto en materia contractual como delictual. En las glosas, paráfrasis e interpolaciones justinianas aparece como un concepto central.

Desde una posición moralizadora, en la que el aspecto subjetivo o de la voluntad cobra especial relevancia en aquellos momentos, los intérpretes y refundidores de los escritos clásicos —que no pretendían crear un derecho nuevo, sino aclarar la doctrina clásica, a la que se ajustaron sin comprenderla en muchas ocasiones, o que en otras desfiguraron—, en un afán generalizador, toman la culpabilidad como referente para interpretar toda la materia de responsabilidad, que se pretende armonizar construyendo un sistema —según algunos autores— no acabado desde el punto de vista lógico y de las necesidades de la práctica, pero completo en su pensamiento y característico en su estructura, que constituye un elemento esencial en la historia del Derecho romano.

En el derecho justiniano, sobre la base de algunos escritos de los juristas clásicos —cuya importancia y aprovechabilidad práctica resultó desigual— y a partir de las generalizaciones realizadas por los postclásicos, la noción de culpa se matiza en grados, distinguiéndose al respecto entre *culpa lata* y *culpa levis*.

La primera, que como ya se ha indicado *supra* se equipara en cuanto a sus efectos al dolo, equivale a negligencia extrema, la más grave en que incurre el deudor que “no entiende lo que todos entienden”<sup>64</sup>.

A ella se contraponen en ocasiones la *culpa levis*, que consiste en no adoptar la diligencia propia del hombre medio, del hombre honesto o de bien (*bonus pater familias*).

---

<sup>62</sup> Caso contemplado en D. 19.2.30.2, en el que se establece un determinado peso de carga para unas mulas.

<sup>63</sup> D. 13.6.5.7.

<sup>64</sup> D. 50.16.213.2; D.50.16.223.

En referencia a este canon o módulo de conducta ideal del *bonus pater familias*, utilizado como criterio o medida general y abstracta de apreciación del comportamiento culposo del obligado, los compiladores emplearon el término *culpa in abstracto*.

Frente a dicho criterio sitúan el de la denominada *culpa in concreto*, en la que el parámetro o referente que se toma a efectos de valoración con la conducta efectivamente observada por el deudor en el cumplimiento de la prestación es el de la diligencia habitual que el obligado despliega en sus propios asuntos, en sus propias cosas: *diligentia quam in suis rebus adhibere solet*<sup>65</sup>.

Se trata de un criterio de apreciación que únicamente se utiliza en determinados supuestos justificados con un sentido atenuante, como por ejemplo ocurre en el caso de los maridos en cuanto al deber de restitución de la dote, en el del tutor en relación a la gestión de los negocios de su pupilo, respecto de las relaciones entre copropietarios y, dentro del ámbito contractual, en todas aquellas relaciones en las que las partes intervinientes en las mismas contrataron en atención a sus concretas circunstancias personales, como por ejemplo sucede en el contrato de sociedad.

Además de estas formas se introducen otros matices concretos de culpa, como son la denominada *culpa in contrahendo* y la *culpa in vigilando*, referidas a presuntas hipótesis de aparente responsabilidad por culpa ajena, pero que en realidad son casos de responsabilidad por negligencia del propio deudor, cuando el mismo se sirve de auxiliares para colaborar en el cumplimiento de su obligación.

A la *culpa in eligendo* e *in vigilando* se alude cuando el deudor, habiendo utilizado la colaboración de otra persona para llevar a cabo el cumplimiento de la prestación, incurra en culpa, o bien, por no haber utilizado la elección de la citada persona con el debido cuidado, es decir, con la debida *diligentia* o, en su caso, respectivamente, por no haber vigilado de forma adecuada y suficiente a la persona utilizada.

Finalmente, por lo que se refiere al indicado intento de establecer unos principios o reglas generales utilizables como medida de la responsabilidad en la que la culpa pasaría a ocupar un lugar central, cabe señalar que los juristas postclásicos desarrollaron el denominado principio de la utilidad, conforme al cual se agravaría la responsabilidad de la parte que obtuviese una mayor utilidad o interés en la relación jurídica hasta la culpa, e inversamente se atenuaría la de la parte menos interesada, que únicamente respondería por dolo.

El citado principio de la *utilitas contrahentium*, según algunos autores, encontraría sus raíces y probable aplicación en algunos casos, ya en época clásica, dentro del ámbito de los *bonae fidei iudicia*, en los que los presupuestos de la responsabilidad resultaban completamente diferentes, siendo mayores o menores según el deudor tuviese o no un interés en la existencia de la relación jurídica.

Como ejemplos concretos de diversa medida de responsabilidad en atención a la utilidad o interés obtenidos en la relación jurídica, se suelen citar los casos del depósito —en el que al depositario se hace responder solamente por dolo— y del comodato —en el que el comodatario, como parte que mayor provecho obtiene

<sup>65</sup> D. 10.2.25.16; D. 17.2.72; D. 27.3.1.pr.; D. 23.3.17.pr.

de esa relación, también respondería por culpa y custodia—. Por lo que se refiere a otras diversas relaciones obligatorias, como la de mandato, tutela o gestión de negocios —en las que se puede apreciar una variación en cuanto a la determinación de la responsabilidad de los intervinientes en las mismas—, se ha discutido doctrinalmente la aplicación del mencionado principio durante la época clásica.

### **5.3. Custodia**

La *custodia* es otro de los posibles criterios tradicionalmente utilizados por los juristas romanos como medida de responsabilidad contractual en determinadas relaciones jurídicas. En ellas, el deudor generalmente detentaba, en provecho propio o con una finalidad determinada de la que obtenía un beneficio, un bien que el acreedor le había confiado.

Las numerosas investigaciones realizadas en el ámbito romanístico dentro de la polémica y contradictoria materia de responsabilidad por custodia han venido oscilando entre dos posturas antitéticas. Sintéticamente se identifican, por una parte, con la sostenida por aquellos autores que, en atención al estudio de los múltiples y complejos textos que en su gran mayoría —especialmente los del Digesto— aparecen profusa y profundamente alterados, consideran que la custodia, en sus líneas evolutivas, partiendo de un sentido objetivo, se subjetivizaría en derecho clásico; opinión ésta, frente a la que, por otra parte y contrariamente, se sitúa la de los que defienden una evolución radicalmente opuesta, siendo a su entender adoptado con carácter general, en época clásica y en torno a la misma, un criterio subjetivo, con excepción de algunos casos específicos de custodia objetiva pactada, extendiéndose posteriormente, en el periodo bizantino, la consideración objetiva de la custodia.

A las indicadas hipótesis, referidas a la posible evolución que en sus líneas básicas se operaría en relación a la custodia en Derecho romano, cabe añadir la formulada por un sector de la doctrina en torno a la propia noción en su origen. Dicho sector doctrinal, a partir del análisis del contenido de la prestación que aparece reflejada en diversos textos, entiende que aquélla se asemejaría más a la idea de riesgo que a la de responsabilidad objetiva.

Según estos autores, puesto que con *praestare custodiam* o *suscipere custodiam* de lo que se trata es de conservar una cosa o preservarla de daños exteriores y de evitar en todo caso su desaparición o pérdida por hurto, en realidad nos encontraríamos ante la asunción de un riesgo por perecimiento —en definitiva, *periculum*: perecimiento o pérdida que alguien ha de soportar—, distinto e independiente de la noción de responsabilidad, considerada como imputabilidad o consecuencia de un incumplimiento de la prestación convenida, imputable al deudor.

Sin embargo, otros autores, prefieren hablar de “forma no desenvuelta de responsabilidad por culpabilidad”, en la que, según su criterio, se encontraría implícita, con determinados matices, la denominada “responsabilidad por el resultado”, y en la que la existencia o inexistencia de la mencionada culpabilidad no se juzgaría todavía según las circunstancias individuales de cada caso —como, en opinión de dichos autores, probablemente ya ocurriría en época postclásica—, sino por la tipicidad del supuesto concreto de que se tratase.



A todas estas incertezas y dudas, que se ponen de manifiesto a través de la lectura de las diversas discrepancias que han sido formuladas por la doctrina en torno al carácter originario y evolución de la custodia, se suman las discusiones habidas en cuanto a los posibles supuestos prácticos de aplicación y alcance de la responsabilidad por custodia.

En las fuentes, frecuentemente plagadas de glosemas como ya se ha indicado, el término *custodia* generalmente se presenta con dos posibles sentidos.

Por una parte, en algunos textos —en los que el término se utiliza en un sentido no estrictamente técnico, para indicar un posible tipo de responsabilidad—, con la palabra custodia se alude a la actividad necesaria para vigilar una cosa<sup>66</sup>. Custodiar en estos textos se identifica, entonces, con una de las posibles modalidades o formas que puede presentar la diligencia a que en determinadas relaciones jurídicas está obligado el deudor, y cuya falta integraría la culpa, presentándose en dichas hipótesis como equivalentes las expresiones *praestare culpam*, *praestare diligentiam* y *praestare custodiam*.

En otros textos, el término es tomado en consideración con otro sentido diferente, funcionando en los mismos como un criterio de responsabilidad autónomo, normalmente subsidiario respecto de la obligación de restitución de una cosa ajena determinada, e indicando una medida de responsabilidad más gravosa para el deudor que la de *praestare diligentiam*, y que rebasa el campo de la culpa.

En tales casos, el sujeto obligado a custodiar no responde por el hecho de haber o no custodiado, no se indaga si hubo o no por su parte falta de cuidado, sino que responde directamente, sin averiguaciones, de la *custodia*; es decir, responde por el resultado de la misma, que se traduce en la imposibilidad del cumplimiento de la prestación.

En esta acepción técnica de *custodia* y *custodiam praestare* —justificable según algunos autores porque la misma no constituye en las hipótesis en que se presenta un deber principal de *facere*, ni tampoco representa un comportamiento debido en virtud de una obligación subsidiaria de *culpam (diligentiam) praestare*—, el deudor responde de los eventos que con la custodia se habrían podido —abstractamente— evitar.

Dichos eventos se identificarían, además de con la específica fuga de los *servi qui custodiri solent* o *quia custodia indigent*, de que respondería en particular el comodatario de esclavos —caso específico en que, en opinión de un sector doctrinal, probablemente se concretaría el supuesto más antiguo de responsabilidad por custodia<sup>67</sup>—, con el hurto y, quizá a partir de mediados del siglo II, también con el daño<sup>68</sup> producido por un tercero, puesto que, tanto el ocasionado por el propio deudor, como el producido por otras personas de cuyo comportamiento ha de responder, entraría dentro de la responsabilidad por culpa<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> D. 19.1.31.pr.; D. 19.1.36; D. 19.2.41.

<sup>67</sup> D. 13.6.5.6; D. 6.1.21; D. 13.6.18.pr.; D. 50.17.23.

<sup>68</sup> Aquiliano: D. 19.2.41; y, también, a finales de la época clásica, de *pauperies*: D. 9.1.1.pr.

<sup>69</sup> Para la culpa propia: D. 18.6.12.

Con carácter general se exigía que el hurto o el daño —supuestos típicos de responsabilidad por custodia, como se acaba de indicar, que producen la pérdida o el deterioro del objeto— fuesen evitables, es decir, que se produjesen sin que concurriese *vis maior* —introducida ésta como límite por la Jurisprudencia—, en circunstancias que permitiesen realizar de forma eficiente la vigilancia o salvaguardia normal de los objetos custodiados que normalmente habían de ser restituidos, motivo por el cual se excluyó la responsabilidad por custodia en el supuesto del delito de *rapina*.

Entre los casos típicos de aplicación de la responsabilidad por custodia se vienen señalando los del comodatario, por los objetos recibidos en comodato —salvo que el contrato se realizase en interés del comodante<sup>70</sup>—; el del depositario —únicamente si *deposito se obtulit*<sup>71</sup>—; el del *conductor rei servandae* —o depositario a título oneroso<sup>72</sup>—; el del *horrearius* o arrendador de graneros<sup>73</sup> —considerándose que, en caso de haber sido abierto el granero con fractura, el supuesto se encuadraría en *vis maior*—; el del *fullo* y el *sarcinator* —lavanderos y sastres o zurcidores profesionales—, respecto de las ropas o vestidos recibidos de los clientes en arrendamiento para limpiar o arreglar<sup>74</sup>; el del *inspector* que recibe la cosa en interés propio<sup>75</sup>; así como también, aunque no sin discusiones doctrinales, los del vendedor con respecto a la cosa, no ajena sino propia, vendida pero todavía no entregada, en función del cumplimiento de la obligación de entrega<sup>76</sup>, y el del acreedor pignoraticio, en relación al bien entregado en prenda<sup>77</sup>, respectivamente.

Asimismo, también se puede hablar del deber de custodia, basada en una cláusula del Edicto pretorio, en los casos del naviero o patrón de un barco —*nauta*—, del dueño de un negocio de hostelería, ventero o posadero —*caupo*—, o el encargado de un establo que lo alquilaba —*stabularius*—, respecto a la obligación de devolver las cosas, mercancías, equipajes o caballerías, recibidas de los cargadores, viajeros y huéspedes, que les eran dejadas por éstos a su cuidado<sup>78</sup>.

Tal exigencia de responsabilidad a dichos profesionales probablemente encontraría su explicación en motivaciones de necesidad, según algunos romanistas.

En este sentido, se señala que, tanto la falta de seguridad de los caminos y transportes, como la mala reputación atribuida a los *caupones* —frecuentemente considerados como *callidi*, *maligni* y *perfidii* por los escritores clásicos— y la dificultad —en ocasiones insuperable— para probar la culpa de los *nautae*, habría provocado la introducción de la mencionada cláusula en el Edicto.

La indicada construcción de la responsabilidad por custodia realizada por juristas clásicos, que se traduciría en los principios y las consecuencias ya señaladas, en

<sup>70</sup> *Gai.* III.206; D.13.6.5.5 (itp.); D. 13.6.5.10.

<sup>71</sup> D. 16.3.1.35.

<sup>72</sup> D. 16.3.1.8-9; D. 19.2.40; D. 13.6.19 (itp).

<sup>73</sup> D. 19.2.60.9; C. 4.65.1; C. 4.65.4 (itp).

<sup>74</sup> *Gai.* III. 205-206; D. 19.2.60.2; D. 47.2.12. pr.

<sup>75</sup> D. 13.6.10.1; D. 19.5.17.4.

<sup>76</sup> D. 19.1.31.pr.; D. 47.2.14.pr. y 1; D. 18.6.3 (itp); D. 19.1.36.

<sup>77</sup> D. 13.7.13.1; C.8.13.19.

<sup>78</sup> Vid., al respecto, entre otros muchos textos: D. 4.9.5.pr.; D. 47.5.1.4.

opinión de un determinado sector doctrinal, no habría sido bien comprendida por los postclásicos, puesto que estos interpretaron *custodiam praestare* como responder por culpa, derivada de la falta de custodia, entendiendo tales casos como situaciones en las que al obligado se le imponía un deber de *diligentia in custodiendo*. Algunos autores hablan al respecto de *exactissima diligentia*, considerando que la custodia quedaría equiparada a la denominada *culpa levissima*, cuya existencia como posible grado especial de culpa en Derecho romano, es negada por otros romanistas.

Tal planteamiento sería el adoptado por los compiladores bizantinos, procediendo a introducir en algunos de los textos del Digesto, relativos a dicha materia<sup>79</sup>, las correspondientes alteraciones, sobre las que también se discute si implicaron una sustancial transformación del régimen establecido en época clásica, o el mismo, por el contrario, siguió —como así parece que ocurrió— manteniendo en esencia sus rasgos fundamentales —responsabilidad por hurto y daño, con el límite de la *vis maior*—, alterándose únicamente su construcción dogmática, es decir, situando en la base de la custodia el deber de diligencia como fundamento y justificación para la atribución de los riesgos de la custodia al sujeto obligado a la restitución o entrega.

## 6. Criterios negativos de responsabilidad: caso fortuito y fuerza mayor

Existe una serie de eventos variados y heterogéneos, que aparecen mencionados en algunas fuentes con carácter indicativo<sup>80</sup>, cuya producción no es imputable al deudor, y que provocan la imposibilidad no inicial del cumplimiento de la prestación. Como tales figuran: el incendio, el naufragio, la inundación, la ruina o derrumbamiento de un edificio, el terremoto, la revuelta o motín, el saqueo realizado por el enemigo o por bandas de ladrones, y la muerte natural en el caso de esclavos o animales.

Dichos eventos o causas de imposibilidad, que aparecen mencionados en los textos con diversas expresiones, tales como *vis maior*, *damnum fatale*, *casus*, o *casus fortuitus*, y otras<sup>81</sup>, se identifican por la doctrina con los términos fuerza mayor y caso fortuito, que se presentan, frente al dolo y la culpa, como criterios negativos de responsabilidad, y de los que los juristas romanos no han formulado un concepto o definición general.

De tales eventos, el obligado queda liberado, no responde nunca<sup>82</sup> por el daño producido, salvo en casos particulares<sup>83</sup>, entre los que se incluyen el de la asunción pactada del correspondiente riesgo que se pudiese ocasionar<sup>84</sup>, el que recae por el daño ocasionado a consecuencia de fuerza mayor sobre el sujeto obligado a *culpam praestare* que haya expuesto de forma culpable a *vis maior* el objeto que debía de

<sup>79</sup> Como por ejemplo ocurre en D. 13.6.5.9.

<sup>80</sup> D. 50.17.23; D. 13.6.18.pr.; D. 44.7.1.4.

<sup>81</sup> Vid., al respecto, entre otras muchas, por ejemplo: D. 4.2.2; D. 16.3.1.35; D. 19.2.15.2; D. 19.2.30.4; D. 19.2.33; D. 19.2.25.6; D. 44.7.1.4; I.J. 3.14.2; D. 19.2.36; D. 4.9.3.1; D. 19.2.9.2 y 3; D.17.2.52.3; D. 19.5.17.4; D. 2.13.7.pr.; D. 13.7.30; D. 18.6.2.1; C. 4.24.6; C. 4.23.1; C. 4.35.13.

<sup>82</sup> D. 50.17.23; *a nullo praestantur*; D. 13.6.18.pr.: *non praestet*.

<sup>83</sup> D. 3.5.10; D. 19.2.15.2; D. 13.6.5.3; D. 13.7.30.

<sup>84</sup> Como más relevante, vid. D. 19.2.9.2; D. 13.6.5.2.

restituir, violando el límite contractual establecido<sup>85</sup>, y el que se ocasionaría con alcance general cuando el deudor se encontrase en situación de mora, figura ésta sobre la que volveremos *infra*.

En la doctrina se ha discutido si los juristas romanos consideraron los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor como distintos y, en tal caso, cuál fue el criterio diferencial utilizado para separarlos; o si, por el contrario, se presentaron dichos conceptos formando parte de una misma y única noción.

Algunos de los autores, que se inclinan a favor de la primera de las posturas señaladas, indican que ambos conceptos aparecerían caracterizados por la imprevisibilidad del evento, y que se diferenciarían por la evitabilidad o inevitabilidad del cumplimiento, afirmando que el caso fortuito —en el que se incluirían supuestos de incumplimiento acaecidos a consecuencia de actuaciones humanas— y la fuerza mayor —al que sólo con relativa precisión se reconducirían supuestos de incumplimiento debidos a causas procedentes de la naturaleza o desastres naturales— son impredecibles, pero que la fuerza mayor, además, es inevitable; otros, por su parte, entienden que, mientras que en la fuerza mayor predominaría el rasgo de la irresistibilidad, en el caso fortuito prevalecería el carácter de la imprevisibilidad, señalando al respecto que dichos conceptos desempeñarían la misma función en los distintos sistemas de responsabilidad contractual que en su opinión aparecen sucesivamente en Roma —caso fortuito en el sistema subjetivo, y fuerza mayor en el sistema objetivo, respectivamente—, debiéndose de establecer al respecto, con la finalidad de proceder a acotarlos, una contraposición del caso fortuito con el dolo y la culpa, y de la fuerza mayor con los conceptos de *periculum* —que en opinión de estos autores aparecería dotado de una amplia variedad de matices en el derecho clásico— y dolo.

Los autores que defienden la segunda hipótesis, a partir del análisis de los textos, sostienen que la Jurisprudencia romana, consideró la irresistibilidad y la imprevisibilidad como dos caracteres frecuentemente contextuales de una misma noción.

## **7. Determinación del criterio de responsabilidad aplicable. Reglas básicas seguidas por los juristas romanos**

Según se ha indicado *supra*, la concreta determinación del tipo de responsabilidad exigible en una determinada relación contractual, en principio y con carácter general, se presenta ligada al análisis de la citada relación contractual en cuestión.

En dicho análisis se toman en consideración dos reglas básicas: por una parte, que ambos contratantes se encuentran gravados con la responsabilidad por dolo; y por otra, que ninguno de los contratantes responde por fuerza mayor.

Mientras que la primera de las reglas indicadas se aplica sin excepciones, la segunda puede presentar, sin embargo, algunas excepciones que han de ser debidamente tenidas en cuenta.

---

<sup>85</sup> D. 13.6.18.pr.; D. 13.6.5.7.

Para determinar dichas excepciones a la segunda regla —ya mencionadas *supra*—, así como los supuestos de responsabilidad o no del obligado por culpa —en sus diversas modalidades— y por custodia, los juristas romanos —como también se ha indicado en páginas anteriores—, recurrieron a diversos criterios, entre los que cabe citar el denominado “principio de utilidad”, utilizado con carácter general para establecer la responsabilidad de cada contratante por dolo, culpa y custodia.

Por lo que se refiere a la determinación del específico tipo de culpa a tomar en consideración en el supuesto de que se trate, como también se ha señalado, el problema se plantearía sobre todo en cuanto a la elección de las denominadas culpa/negligencia o culpa/impericia, encontrándose la última conectada con prestaciones de carácter técnico-profesional, en las que una de las partes intervinientes en la relación concluye el contrato en calidad de profesional, creando en la parte contraria una determinada expectativa de cumplimiento<sup>86</sup>. En tales casos resultará necesario distinguir las prestaciones técnicas —que deberán ser valoradas según el criterio de la pericia técnica—, de las no técnicas —valorables de conformidad con el criterio de culpa apropiado<sup>87</sup>—.

Finalmente, los deberes de *praestare* las cualidades prometidas, la ausencia de vicios y la evicción, funcionan en general como criterios puramente objetivos.

## 8. El *periculum*

Con carácter general se entiende por *periculum* el riesgo derivado de un evento perjudicial para alguien, cuya producción no le resulta imputable ni a él mismo ni a terceros, estableciéndose al respecto como regla natural y obvia, aplicable en caso de perecimiento del objeto de que se trate, que la pérdida patrimonial derivada del mencionado evento se atribuirá al propietario de dicho objeto: *res perit domino*.

En el ámbito de las relaciones obligatorias —donde las situaciones que se pueden plantear, como es evidente, pueden ser mucho más complejas, y las soluciones resultan diversas—, el término *periculum* se utiliza en sentido técnico, referido al riesgo (contractual) derivado de ciertos eventos que se pudiesen producir en relación al negocio concluido, dando lugar a la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Ese riesgo, se dice, se atribuye a una parte cuando la misma debe soportar la pérdida producida (*detrimentum, damnum*) por tales eventos —fundamentalmente identificables con el caso fortuito y la fuerza mayor—, respecto de los que la citada parte —y sólo en cuanto a los mismos, según se matiza, se puede hablar propiamente de riesgo— no ha de encontrarse en situación de poder ejercitar sobre dichos eventos un control tal que le permita, en cualquier caso, evitarlos.

Frecuentemente el riesgo solía ser atribuido en principio al acreedor, que, al no poder exigir la prestación —ni su equivalente—, sufría la pérdida patrimonial; aunque a dicho principio se establecieron excepciones, tanto cuando el deudor asumía expresamente toda responsabilidad, incluso por *vis maior*, como en el caso de que el mismo se encontrase en mora.

<sup>86</sup> D. 19.2.13.6.

<sup>87</sup> D. 19.2.9.5.

Por lo que se refiere a los contratos bilaterales —especialmente, compraventa y arrendamiento—, el problema del *periculum* presenta, como tendremos ocasión de señalar sucintamente *infra*, connotaciones particulares, entre las que se pueden plantear, entre otras, la relativa a si, una vez extinguida la obligación de una de las partes a consecuencia de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, sin que la misma resultase imputable al deudor, la otra parte debería, a su vez, cumplir su propia prestación.

También en la doctrina romanística se ha debatido conceptualmente la cuestión relativa a las posibles relaciones existentes entre el riesgo y la responsabilidad contractual.

Según una opinión muy difundida, el problema de la responsabilidad y del riesgo contractual son dos problemas netamente diferentes e independientes, planteándose el segundo únicamente cuando el primero no hubiese permitido resolver el caso en cuestión; los criterios de la atribución del riesgo contractual relativos a la pérdida del beneficio previsto en el contrato, se dice, sólo se pueden utilizar cuando se ha determinado que la imposibilidad sobrevenida de la prestación resulta inimputable al deudor.

Para algunos autores el criterio distintivo entre el problema del riesgo —tomado éste en un sentido rigurosamente técnico y, sobre todo, específico, según indican— y el de la responsabilidad se concreta en los siguientes términos: se plantea un problema de responsabilidad cuando se discute la imposibilidad del incumplimiento, con la consecuencia de que el deudor a cargo del que sea reconocida tal imputabilidad, resultará obligado al resarcimiento del daño —cuya medida, en Derecho romano, variará dependiendo del particular tipo contractual de que se trate y de la naturaleza de la acción ejercitable—; sin embargo, se plantea un problema de reparto del riesgo toda vez que —determinada la imposibilidad de cumplimiento de una de las prestaciones por un hecho no imputable al deudor— se establece la suerte de la obligación de la parte contraria, todavía posible o ya ejecutada, estableciendo si tal prestación debe o no considerarse todavía como exigible.

En opinión de otros romanistas tal planteamiento, sin embargo, adolece de una excesiva abstracción.

Inciendo en la circunstancia —que consideran fundamental— de que, para que pueda hablarse propiamente de riesgo, los eventos producidos que intervienen en relación al negocio concluido, y que dan lugar a la pérdida (*detrimentum, damnum*) que es atribuida a una de las partes que la ha de soportar, han de ser de tal naturaleza que dicha parte a la que se atribuyen no debe encontrarse en una situación tal como para que pueda ejercitar un control sobre los mismos que le permita evitarlos en todo caso, dichos autores observan que la atribución de un riesgo representa siempre un criterio subsidiario, que permite establecer la aptitud o no de una parte por la inexecución de una prestación primaria de *dare* o de *facere*.

Por ello estiman que la atribución a una parte de un cierto riesgo puede ser considerada desde el punto de vista de la responsabilidad. Así, si el riesgo se refiere a una prestación debida por una de las partes, la atribución —pactada o no— de

dicho riesgo a la mencionada parte, extenderá su responsabilidad, es decir, ampliará el objeto de su *praestare*<sup>88</sup>; mientras que la atribución del riesgo a la otra parte, limitará la responsabilidad de la primera<sup>89</sup>.

En este sentido, se suele citar como posible ejemplo de lo señalado la regla típica de atribución del riesgo "*periculum est emptoris*"<sup>90</sup>, en virtud de la cual se entiende que corresponde al comprador el riesgo por el perecimiento de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, y que representa una derogación especial de la regla general que establece que "*casus sentit dominus*": en el supuesto de que el vendedor haya pactado en la venta correspondiente asumir el riesgo del perecimiento de la *merx* por caso fortuito y fuerza mayor hasta el momento de la *traditio*, tal pacto introduciría en la relación contractual una extensión de su responsabilidad, al tener que *praestare casum* en el supuesto de imposibilidad de ejecución de la prestación por él debida, que se concretaría en la entrega de la cosa; en caso contrario, es decir, cuando no se hubiese introducido dicho pacto, debiéndose aplicar entonces la regla "*periculum est emptoris*", el problema podría seguir planteándose en términos de responsabilidad, puesto que la situación se corresponde con la regla general que establece que ningún sujeto, salvo específico pacto en contrario, se encuentra obligado a responder por fuerza mayor.

Por otra parte, algunos autores, en referencia al ámbito de la posible relación entre riesgo y responsabilidad —que consideran se presentaría bastante articulado y dogmáticamente variable, dependiendo del punto de vista adoptado—, también señalan que prácticamente todos los casos de responsabilidad contractual, evitables o no, pueden ser planteados con seguridad como problemas de riesgo.

Así, indican que, por ejemplo, en las fuentes resulta posible encontrar referencias expresas al riesgo de la custodia y de la culpa; no del dolo<sup>91</sup>, puesto que el porcentaje de riesgo inherente a los criterios de responsabilidad se da solamente en aquéllos que no se presentan como puramente subjetivos.

En este sentido, añaden, en los textos romanos se habla expresamente de *periculum custodiae*<sup>92</sup> y, aunque la expresión *periculum culpa* aparece recogida únicamente en materia no contractual, sino cuasi contractual —precisamente en relación a la tutela<sup>93</sup>—, también en materia contractual se alude frecuentemente a eventos que se encuentran a riesgo de la parte, es decir, que son contruidos en

<sup>88</sup> En las fuentes se habla indiferentemente usando la terminología de la responsabilidad (*praestare periculum*): D. 2.14.7.15; D. 3.5.12; D.3.5.36.1; D. 6.1.62.pr.; D. 13.6.5.2; D. 19.2.9.3; D. 19.5.17.2 y 4; D. 21.2.64.1; D. 23.2.60.8; D. 23.3.46.pr.; D. 36.1.60.6; como la de riesgo (*periculum alicui pertinere, spetare, alicuius esse*, etc.): D. 4.9.3.pr.; D. 4.9.4.pr.; D. 7.1.70.2; D.10.3.9; D. 12.1.4.pr.; D.12.1.9.9; D. 13.6.13.1; D. 18.1.34.6; D. 18.1.35.7; D. 18.1.62.2; D. 18.2.2.1; D. 18.3.2; D. 18.4.10; D. 18.6.5; D. 18.6.8.pr.; D. 18.6.17; D. 19.2.54.2; D. 19.2.59; D. 19.3.1.1; D. 19.5.5.1; D. 19.5.17.1; D. 20.1.30; D. 23.3.15; D. 23.3.46.pr.; D. 47.2.14.pr.; D. 47.2.79.

<sup>89</sup> D. 19.5.17.2; D. 19.2.59; D. 23.3.56.pr.

<sup>90</sup> D. 18.6.1.pr.; D. 43.24.11.12; I.J. 3.23.3; C. 4.48.2 y 4.

<sup>91</sup> D. 40.12.13.1.

<sup>92</sup> D. 19.2.40; D.47.5.1.4; D. 13.6.5.14; D. 18.6.1.1.; D. 47.2.12.pr.; D. 47.2.14.16; D. 47.2.14.pr.; D. 47.2.54.2; D. 10.2.47.1; D. 47.2.14.17; I.J. 3.23.3a.

<sup>93</sup> D. 26.7.39.12.

términos de riesgo. Ello ocurre cuando tales eventos son consecuencia directa de su comportamiento culpable<sup>94</sup>, cuando tienen lugar a consecuencia de la violación de un límite contractual —considerado también en esencia como un comportamiento culpable<sup>95</sup>—, o cuando tienen que ver con el denominado en terminología moderna “riesgo de empresa”, que en realidad constituye una responsabilidad por culpa/impericia, o por defecto de la “organización empresarial”, medida sobre la ideal del “empresario modelo”<sup>96</sup>.

También se plantean en las fuentes como problemas de riesgo los relativos a la cualidades de la cosa. Por ejemplo, el caso del vino vendido que por acidificarse o enmohecerse (*periculum acoris et mucoris*) se deteriora (*periculum vini mutati*), es analizado por los juristas romanos como un problema de riesgo por el perecimiento de la cosa vendida, y sujeto a un régimen particular<sup>97</sup>, cuya solución se extiende también al deterioro de otras mercancías<sup>98</sup>. Asimismo, se habla de *periculum evictionis*<sup>99</sup>, y del *periculum* que se atribuye al deudor moroso<sup>100</sup>.

Todo lo indicado conduce a concluir que el término *periculum* aparece en las fuentes romanas dotado de diversas acepciones o significados.

Con el mismo se alude en diversos textos genéricamente a “todo riesgo”<sup>101</sup>, entendido en sentido “económico”, respecto a los casos en los que el desenlace o resultado de un cierto negocio —o de una determinada operación, que se introduce en otro negocio— se coloca a cargo de una parte, a la que se atribuye la desventaja económica derivada de un evento, con independencia del modo en que jurídicamente sea configurada tal atribución, como por ejemplo ocurre en el caso del préstamo marítimo (*fenus nauticum* o *pecunia traiectica*), en el que, como es sabido, el acreedor soporta el riesgo del viaje, en el sentido que sólo podrá pretender la restitución del mutuo si la nave llega felizmente a puerto.

En otros textos, con *periculum* se alude a una extensión —pactada o no— de los riesgos de custodia y culpa, incluyendo además el riesgo de la fuerza mayor; riesgos de custodia y culpa exclusivamente, con exclusión de fuerza mayor y caso fortuito; o fuerza mayor y caso fortuito, exclusivamente<sup>102</sup>.

A la variedad de acepciones con que se manifiesta el término *periculum* en la fuentes se añade la diversidad de criterios utilizados por los juristas romanos para proceder a realizar su atribución, tendiendo éstos, al efectuar dicha atribución de los riesgos relativos a una cosa, con carácter general —salvo, como es lógico, en los casos de asunciones pactadas—, a compensar a la parte a la que se adosan tales riesgos,

<sup>94</sup> D.12.1.35; D. 13.6.5.13; D. 17.2.25; D. 19.1.54.pr.; D. 19.2.25.7; D. 23.3.49; D. 23.5.16; C. 4.24.8.

<sup>95</sup> D. 13.6.5.7.

<sup>96</sup> D. 19.2.36; D. 19.2.62.

<sup>97</sup> *Vat.* 16; D. 18.6.4.pr.; D. 18.6.4.1; D. 18.6.16; C. 4.49.12.

<sup>98</sup> C. 4.48.2.

<sup>99</sup> *Vat.* 10; *Vat.* 12; D. 21.2.11.pr.; C. 2.23.1; C. 3.19.1; C. 8.44.10; C. 8.44.19; C. 8.44.21.2.

<sup>100</sup> D. 16.3.12.3; D. 30.108.11; D. 46.2.8.pr.; D. 46.3.72.1; D. 46.3.72.2; D. 12.1.5.

<sup>101</sup> D. 15.4.1.1; D. 26.1.7; D. 39.2.21.

<sup>102</sup> *Vid.*: D. 16.3.12.3; D. 17.1.39; D. 27.8.4; D. 13.6.10.1; D. 13.6.11; D. 13.6.12.pr.; D. 13.6.21.1; D. 13.6.1.35; *Vat.* 101; D. 3.5.12; D. 19.2.9.3; D. 19.5.5.1; D. 19.5.17.2; D. 19.5.17.4; D. 23.3.46.pr.; I.J. 3.23.3.



y que es la que los va a sufrir, con la correspondiente atribución a esa parte de una serie de ventajas relativas a dicha cosa (*commoda, emolumenta*<sup>103</sup>); idea ésta que más tarde aparecerá expresada con el adagio “*cuius commoda eius et incommoda*”.

Así, en materia de compraventa se establece por la Jurisprudencia clásica avanzada una distribución de los riesgos correspondientes entre las partes contratantes, respondiendo el vendedor por *custodia*, y quedando a cargo del comprador el riesgo de la pérdida o deterioro de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor —*periculum est emptoris*; probablemente introducido por Labeón, y seguido por los juristas de la escuela proculeyana—, subsistiendo en tal caso la obligación de pago del precio, y debiendo el vendedor, en compensación por el traslado del riesgo al comprador, entregar a éste los incrementos que, una vez realizado el contrato y antes de la entrega —*periculum emptoris ante traditionem*; criterio cuya aplicación se difunde con carácter general desde Pomponio<sup>104</sup>, y con el que operarían en forma unitaria Paulo<sup>105</sup>, Ulpiano<sup>106</sup>, y Modestino<sup>107</sup>—, hubiese podido tener la cosa por frutos, adquisiciones, u otros acrecimientos.

En el caso del arrendamiento se utiliza el criterio del *periculum locatoris*, estableciendo que es el arrendador el que asume el riesgo por la pérdida total o parcial del objeto entregado, debida a caso fortuito o fuerza mayor.

### **9. El retraso en el cumplimiento de la obligación y el rechazo injustificado al cumplimiento de la obligación: *mora creditoris* y *mora debitoris***

Con el término técnico *mora* los juristas romanos se refieren al retardo o retraso en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

La doctrina romanística tradicionalmente la denomina *mora debitoris*, y en ella se dice que incurre el deudor cuando no cumple la obligación a su debido tiempo.

Por otra parte, el término también se utiliza en otras ocasiones para referirse a la situación en que se encuentra el acreedor que no acepta la oferta de pago de lo debido realizada por el deudor<sup>108</sup> —sea ésta oportuna o no, según algunos autores— hablándose en tales casos de *mora creditoris* —entendida en algún texto como retardo en la ejecución (del deudor) “debido al acreedor”<sup>109</sup>— o *mora accipiendi*<sup>110</sup>.

Por lo que se refiere a los efectos que produce la *mora debitoris*, se hace necesario distinguir los supuestos en los que la prestación resulte imposible, o cuando la enajenación retardada no tenga ya interés para el acreedor, de aquellos en los que sí la tengan, y la prestación fuese todavía posible. En opinión de algunos autores, los primeros supuestos serían equivalentes a los que se producen en el caso

<sup>103</sup> I.J. 3.23.3; D. 18.4.10; D. 18.6.7.pr.; C. 6.2.22.3a.

<sup>104</sup> D. 23.3.15.

<sup>105</sup> D.18.6.8.pr.

<sup>106</sup> D. 43.24.11.12.

<sup>107</sup> D. 18.1.62.2.

<sup>108</sup> D. 17.1.37; D. 19.1.38.1.

<sup>109</sup> D. 19.1.3.4; D. 45.1.122.5.

<sup>110</sup> D. 46.3.72.pr.

del incumplimiento, mientras que los segundos, respectivamente, se presentarían más limitados que el incumplimiento propiamente dicho; todo ello, partiendo de la distinción básica general que hemos venido manejando a efectos expositivos en el presente trabajo entre relaciones protegidas por *iudicia bonae fidei* —especialmente obligaciones derivadas de contratos consensuales—, por una parte, y relaciones protegidas por *iudicia stricti iuris* —obligaciones de *dare* por mutuo, o de *dare* y *facere* por *stipulatio* o legado—, por otra parte.

Respecto a las obligaciones de *dare certam rem* por *stipulatio* o legado, como ya tuvimos ocasión de señalar *supra*, el perecimiento del objeto debido, ocurrido cuando el deudor se encontrase en mora, daba lugar a la *perpetuatio obligationis*, adosándosele a aquél. La misma regla se aplicó posteriormente también a las obligaciones de entregar una cosa determinada —en general, obligaciones de *facere*—, con independencia de la fuente en que encontrase su causa<sup>111</sup>.

Cuando la prestación todavía resultase posible, y ofreciese un interés respecto a su cumplimiento para el acreedor, la mora se podría tomar en consideración desde un punto de vista económico<sup>112</sup>, con la finalidad de establecer el posible daño que el retardo había producido al acreedor.

Tal daño por retraso no podía ser tomado en consideración<sup>113</sup>, por sus particulares características, en el ámbito de aplicación de las acciones *stricti iuris* —obligaciones de *dare* derivadas de mutuo, o de *dare* y *facere* de *stipulatio* y legado—, salvo que se hubiese estipulado con carácter accesorio una pena convencional por el retardo, consistente en el pago de ciertas sumas de dinero únicas<sup>114</sup>, o bien medida en relación al retraso —como cuando, por ejemplo, se preveían intereses moratorios (*usurae*) por el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas del mutuo<sup>115</sup>—, y sometida a la condición del incumplimiento en una determinada fecha.

Sin embargo, en el caso de las obligaciones surgidas de contrato consensual —o, en general, de relaciones protegidas por *iudicia bonae fidei*, además de las originadas en materia de tutela y fideicomisos—, el daño por retraso se toma en consideración automáticamente por el juez al proceder a establecer la condena por el incumplimiento de la obligación principal —así, por ejemplo, en relación a los intereses (*usurae*) del precio de la venta<sup>116</sup>—, con independencia de las posibles estipulaciones accesorias introducidas por las partes que, al igual que los simples pactos, pueden servir para dotar al régimen de los daños producidos a consecuencia del retraso de una regulación particular deseada por las partes.

Para que el deudor incurriese en mora se exigía que se diesen determinadas circunstancias o requisitos.

<sup>111</sup> D. 6.1.15.3; D. 18.6.18; D. 18.4.21; C. 4.48.4 y 6; D. 24.3.25.2; D. 32.26.

<sup>112</sup> Al que responde el principio contenido en D. 50.16.12.1: “*minus solvit qui tardius solvit; nam et tempore minus solvitur*”.

<sup>113</sup> D. 45.1.137.3 *in fine*; D. 45.1.84.

<sup>114</sup> D. 45.1.8.

<sup>115</sup> D. 45.1.90; D. 12.1.40; D. 22.1.12.

<sup>116</sup> D. 19.1.49.1.

Entre los mismos se indica la necesidad de que existiese una obligación incumplida, que fuese jurídicamente exigible en juicio a través de la correspondiente acción —al no disponer de una *actio* para reclamar su cumplimiento, no podría haber mora en las obligaciones naturales<sup>117</sup>—, y frente a la que no fuese posible interponer una *exceptio*<sup>118</sup>; es decir, que la prestación debería de ser exigible por haber llegado el *dies veniens*<sup>119</sup>, al vencer el término señalado, o por cumplirse la condición establecida.

Por sus peculiares características, en determinadas obligaciones, como las de *non facere* —que resultan directamente incumplidas por un *facere* del deudor—, y aquéllas en las que la prestación debía de ser cumplida en una fecha fija —no antes, ni después<sup>120</sup>—, provocando el transcurso del *dies* establecido directamente su incumplimiento, al hacer imposible la ejecución de la citada prestación, lógicamente no se plantearía el problema de la mora.

En otras obligaciones, en las que la imposibilidad de la prestación no se daría, como es el caso de las obligaciones pecuniarias, y en gran parte de las prestaciones de cosas determinadas únicamente en el género —en las que, como es sabido, regía el principio *genus nunquam perit*—, el problema de la mora sólo se plantearía en función de la determinación de los daños ocasionados por el retraso en las mismas.

Por otra parte, para que el deudor fuese considerado en situación de mora se exigía que el retraso en el cumplimiento de la obligación fuese imputable a su propio comportamiento<sup>121</sup>, y que el mismo resultase censurable, dotando a éste de un carácter punitivo<sup>122</sup>. Así, el deudor que no cumpliera la prestación debida, no se encontraría en mora simplemente por no cumplirla, puesto que, además de no cumplirla, también resultaba necesario<sup>123</sup> bien que éste fuese consciente de su deber de cumplir<sup>124</sup>, y que estuviese en condiciones de llevar a cabo el cumplimiento<sup>125</sup> —quedando exclusivamente a cargo del propio deudor la denominada en sentido técnico *difficultas* de la prestación, identificable, por ejemplo, con la falta de dinero para pagar al acreedor<sup>126</sup>— no queriendo hacerlo, o bien que se hubiese situado dolosamente en la imposibilidad de hacerlo.

Frente al criterio general señalado —consideración de la mora *fieri ex persona*<sup>127</sup>—, sólo en algunos casos la Jurisprudencia estableció la mora prescindiendo de la conducta culpable del deudor, es decir, *in re*<sup>128</sup>, aplicándose en tales casos las consecuencias derivadas de la mora, aún en ausencia de la misma mora<sup>129</sup>.

<sup>117</sup> D. 50.17.88.

<sup>118</sup> D. 12.1.40; D. 22.1.21; D. 50.16.10.

<sup>119</sup> D. 50.16.213; D. 45.1.49.3.

<sup>120</sup> C. 4.49.10.

<sup>121</sup> D. 22.1.32.pr.

<sup>122</sup> D. 22.1.17.3.

<sup>123</sup> D. 12.1.5.

<sup>124</sup> D. 22.1.32.1; D. 50.17.99.

<sup>125</sup> D. 22.1.17.3.

<sup>126</sup> D. 45.1.137.4.

<sup>127</sup> D. 22.1.32.pr.

<sup>128</sup> D. 40.5.26.

<sup>129</sup> D. 31.87.1.

A los antedichos requisitos, indicados para que pudiese apreciarse la existencia de mora, asimismo se suele añadir el relativo a que el acreedor efectuase el correspondiente requerimiento al deudor, conminándole al pago o cumplimiento de la prestación (*interpellare debitorem*<sup>130</sup>).

Tal *interpellatio* —que en opinión de algunos autores sería obra de los compiladores justinianos—, resultaría necesaria para poder considerar que el deudor se encontraba en mora en todas aquellas obligaciones de *dare* o de entregar cosas cuando su cumplimiento, según la regla general, debiese ser realizado en el domicilio del deudor<sup>131</sup>. Sin embargo, dicha comunicación de pago no sería necesaria en el supuesto de las obligaciones de *dare certo loco*<sup>132</sup>, ni en el de las obligaciones de *facere* con las que se persiguiese un determinado resultado<sup>133</sup>; tampoco en el caso de las obligaciones nacidas por razón de delito, entre las que se presenta como caso particular de mora para los romanos la del ladrón que no cumplía con la obligación de restituir<sup>134</sup>.

En la doctrina romanística también se ha discutido sobre la necesidad o no de realizar la correspondiente *interpellatio* cuando las obligaciones lo fuesen a término, es decir, cuando se estableciese expresamente por las partes un término cierto —lógicamente, término suspensivo<sup>135</sup>— para el cumplimiento de la prestación, pudiéndose encontrar al respecto opiniones discrepantes entre los autores que sostienen que en aplicación del principio *dies interpellat homine* no haría falta, y los que, por el contrario, entienden que la fijación de un término, sin embargo, no excluiría la necesidad de *interpellatio*.

Otros autores indican que, en base al estado de las fuentes, la presencia de un término expreso para el cumplimiento de la obligación en nada parece alterar el régimen establecido para la mora, considerada en atención a la transferencia de los riesgos por imposibilidad sobrevenida, siendo en su opinión, sin embargo, diversa la situación que se presenta cuando la mora se consideraba en función de la condena del deudor por los daños ocasionados al acreedor a consecuencia del retraso en la ejecución de la prestación debida.

En tales casos, según estos autores, en el modelo originario, el *dies* previsto en las estipulaciones penales accesorias a que recurran las partes —ya utilizadas como se ha señalado *supra* en las obligaciones de *dare* derivadas de *stipulatio* y mutuo—, representaba, por regla general, el término de vencimiento para el cálculo de la pena cuando la misma fuese establecida en referencia al retraso, con independencia del momento en que se produjese la *interpellatio*, y de que la misma hubiese tenido o no lugar, valorándose únicamente al respecto la circunstancia de que el retraso no fuese imputable al comportamiento del deudor (*si per debitorem non stetisset, quo minus solveret*<sup>136</sup>). Posteriormente, cuando el daño por retraso se pasó a considerar

<sup>130</sup> D. 45.1.23; D. 34.1.18.1; D. 45.1.24; D. 45.1.49.3; D. 22.2.2; D. 17.1.59.5; D. 18.6.18.

<sup>131</sup> D. 19.1.3.4; D.18.6.5.

<sup>132</sup> D. 45.1.137.2.

<sup>133</sup> D. 42.1.11; D. 45.1.137.3.

<sup>134</sup> D. 13.1.8.1: *semper enim mora fur facere videtur*; D. 46.3.72.3; D. 45.1.29.1; D. 13.1.17.

<sup>135</sup> D. 45.1.46.pr.

<sup>136</sup> D. 44.7.23.

en el régimen de los contratos consensuales directamente, sin necesidad de recurrir al correspondiente acuerdo, el cálculo del daño por el retraso se concretó en la determinación del daño efectivamente sufrido por el acreedor, con la consecuencia de poderse excluir los retardos módicos por su consideración de no dañosos para el acreedor<sup>137</sup>.

En cualquier caso, el problema de la determinación concreta del retraso en el cumplimiento, en el que se sustanciaría la mora, se presentó para los juristas clásicos romanos como un problema de apreciación de hecho que, como tal, en cuanto a su resolución casuística, era remitido al juez<sup>138</sup>.

Para evitar la mora, el deudor debía de realizar una oferta de pago al acreedor.

Es precisamente la oferta que el deudor realiza al acreedor —incluso en el caso de aquellas obligaciones que tengan fijado un término para su cumplimiento, y con independencia de que se haya realizado o no la correspondiente *interpellatio*—, y no la ejecución de la prestación por parte de aquél, la que se toma como referencia a los efectos de la determinación o medición cronológica de la mora. Ello encuentra su explicación en el hecho de que, para que se produzca la ejecución de la prestación, se necesita, además del ofrecimiento por parte del deudor, la aceptación por el acreedor, prestando éste cuando fuese necesario para ello su colaboración; dicha falta de aceptación —por lo demás, perfectamente posible, puesto que, si bien al deudor se debe reconocer un genérico derecho a liberarse de la obligación, a tal derecho no corresponde una consiguiente obligación por parte del acreedor a aceptar la prestación debida, aún corectamente ofrecida—, como es lógico, no puede dañar al deudor.

Para que la oferta efectuada resultase válida, ésta debería de formularse en relación al objeto de la prestación completa —es decir, la prestación ofrecida debería de ser la debida: pago integral<sup>139</sup>— y realizarse por el deudor en el lugar y tiempo oportunos; asimismo, el rechazo del acreedor a recibir el pago, o su negativa a cooperar para que dicho pago se produjese, cuando fuese necesario y, siempre y cuando, la oferta del mismo fuese correcta, debería de ser injustificada, puesto que en caso contrario —oferta incorrecta— dicho rechazo sería legítimo, y se encontraría plenamente justificado<sup>140</sup>.

Los efectos que produce la oferta de la prestación, realizada de forma correcta y oportuna, con independencia de que fuese aceptada o no por el acreedor, se concretan —salvo en algunos casos recogidos en las fuentes, en los que el retraso hubiese ocasionado al acreedor un daño particularmente relevante<sup>141</sup>— en la extinción de los posibles riesgos derivados de la mora para el deudor que se encontrase en dicha situación (*purgatio morae*<sup>142</sup>). Tras la oferta, el deudor se asimila al que no se hubiese encontrado jamás en mora y, por consiguiente, no soporta el riesgo del perecimiento por caso fortuito<sup>143</sup>; regla ésta que originariamente se refería a las deudas de cosas

<sup>137</sup> D.19.2.24.4; D. 5.1.21.

<sup>138</sup> D. 22.1.32.pr.; D. 45.1.137.2.

<sup>139</sup> D. 46.3.33.1.

<sup>140</sup> D. 46.3.72.pr.; D. 22.1.41.1; D. 12.1.21; D. 46.3.39.

<sup>141</sup> D. 2.11.8.

<sup>142</sup> D. 45.1.91.3.

<sup>143</sup> D. 18.6.5; D. 45.1.73.2; D. 24.3.26; D. 13.1.8.pr.

específicas, pero que posteriormente fue extendida por la Jurisprudencia también a las deudas de cosas determinadas dentro de un género y, en particular, a las deudas de dinero, concediéndose al deudor, en caso de perecimiento fortuito de dichas cosas, y una vez realizada la correspondiente oferta de pago, la *exceptio doli*<sup>144</sup>.

Por último, tratándose de intereses moratorios —*usurae*—, la *puragatio morae* impide que los mismos se sigan produciendo, pero, sin embargo, deja subsistente la obligación de pagar los ya vencidos<sup>145</sup>.

En cuanto a la otra posible modalidad de mora señalada, la mora *creditoris o accipiendi*, que como ya se ha indicado *supra* se determinaba de un modo puramente objetivo, entendiendo que se producía cuando el acreedor injustificadamente rechazaba la correcta oferta de pago de lo debido realizada por el deudor, o no cooperaba con éste en los supuestos en que fuese necesario<sup>146</sup> para que el pago se pudiese llevar a cabo, también daba lugar a una serie de efectos desfavorables, en este caso para el acreedor.

Entre los citados efectos perjudiciales que por su situación en mora se podrían irrogar para el acreedor, que no revestían un carácter propiamente punitivo, se viene señalando, con carácter general, el relativo al traslado del riesgo por la pérdida, perecimiento o deterioro del objeto debido a cargo del acreedor, produciéndose de esta forma la inversión del criterio establecido en cuanto a la atribución de responsabilidad al deudor.

Aparte del citado efecto, también se indican otros que aparecen reflejados en las fuentes<sup>147</sup>, de los que se destacan fundamentalmente dos: por una parte, la posibilidad concedida al deudor —en un principio, aunque muy atenuada posteriormente, según algunos autores— en aquellos supuestos en los que la conservación del objeto, puesto a disposición del acreedor y no recogido por éste, a consecuencia de su inactividad, resulte gravosa para dicho deudor, de desatenderse del citado objeto o, en su caso, de la facultad de obtener el resarcimiento por los gastos de conservación realizados<sup>148</sup>, gozando al respecto del correspondiente derecho de retención; por otra, la de eliminar toda responsabilidad por incumplimiento del deudor en cuanto al perecimiento del objeto debido a consecuencia de *culpa levis*, reduciéndose dicha responsabilidad en el señalado supuesto de mora del acreedor —cualquiera que fuese el criterio que originariamente la rigiera— al dolo<sup>149</sup>.

Sin embargo, por no encontrarse claro en los textos, se duda si la negativa del acreedor a aceptar un ofrecimiento del deudor ya incurso en mora eliminaba la *mora debitoris*, y hacía surgir siempre la *mora creditoris*.

Por lo demás, la mora del acreedor cesaba si el mismo declaraba que se encontraba dispuesto a recibir la prestación, y a indemnizar al deudor el eventual daño que su retraso en aceptar aquélla le hubiese ocasionado.

---

<sup>144</sup> D. 30.84.3; D. 46.3.72.pr.; D. 45.1.73.2.

<sup>145</sup> D. 45.1.122.5; D. 26.7.28.1; D. 22.1.7; C. 4.32.6 y 9; C. 4.32.19.pr.

<sup>146</sup> D. 13.5.18.pr.

<sup>147</sup> D. 19.1.3.4; D. 18.6.1.3; D. 18.6.4.2; D. 33.6.8; D. 46.3.30.

<sup>148</sup> D. 19.1.38.1; D. 33.6.8.

<sup>149</sup> D. 18.6.18; D. 24.3.9; D. 18.6.5.

En cuanto a los intereses moratorios, la circunstancia de que el acreedor incurriese en situación de mora no suponía la automática eliminación de dichos intereses en el supuesto de que la deuda los devengase, siendo necesario para ello, según algunos autores, que se procediese por el deudor a realizar la correspondiente consignación (*obsignatio, depositum*<sup>150</sup>); aunque otros estiman que tal depósito de intereses, aún a pesar de su evidente utilidad —sobre todo para proceder a establecer la identificación de la *species* ofrecida—, no debe de ser considerado indispensable<sup>151</sup>, salvo en casos particulares<sup>152</sup>.

### 10. Determinación del resarcimiento por daños y perjuicios

El incumplimiento, o, también en algunos supuestos, el retraso en el cumplimiento de la prestación, a consecuencia de algún hecho de los que responde el deudor, provoca un daño al acreedor, que, por ello, y con tal motivo, debe de ser convenientemente resarcido.

El régimen del resarcimiento de los perjuicios ocasionados viene determinado por dos presupuestos sucesivos: en primer lugar, la *perpetuatio obligationis*, y, a continuación, la extinción de la primitiva obligación, que se sustituye por otra consistente en el pago de una cantidad de dinero en concepto de indemnización, que representa el interés patrimonial que el acreedor tenía en el cumplimiento de la obligación, y cuyo importe resultará determinado en la correspondiente sentencia de condena.

A la *perpetuatio obligationis*, que se establece en época clásica —siempre y cuando, como ya se ha indicado, la ulterior imposibilidad de la prestación resulte imputable al deudor, o cuando la señalada imposibilidad se produzca a consecuencia de haber incurrido aquél en mora— mediante la vinculación del juez a la fórmula, confiriéndole al *dare oportere* de ésta un contenido afirmativo en el momento de la *litis contestatio* para el caso de las denominadas obligaciones estrictas cuyo objeto es *dare* o *reddere* una *certa res* individualmente determinada, ya nos hemos referido *supra*.

En este punto, a lo indicado en su momento únicamente cabe añadir que la perpetuación de la relación obligatoria dejará de tener sentido en la época postclásica. En dicho periodo histórico se establece que de toda violación de la obligación, en tanto la misma resultase imputable al deudor, deriva directamente —y no ya mediante el recurso a la *perpetuatio obligationis*— un deber para éste de indemnizar al acreedor por los daños causados a consecuencia del incumplimiento.

El efecto de la extinción de la obligación perpetuada, y la consiguiente sustitución de la misma a consecuencia de la *litis contestatio* por una nueva obligación de pagar una suma de dinero —entendible como obligación subrogada—, concretada en la *condemnatio pecuniaria*<sup>153</sup>, se suele presentar como característico de la época clásica romana. Este principio, en virtud del cual toda condena a realizar una prestación

<sup>150</sup> D. 22.1.7; C. 8.42.9.

<sup>151</sup> D. 46.3.72.pr.

<sup>152</sup> D. 26.7.28.

<sup>153</sup> *Gai.* IV.48.

debía ser expresada en una suma de dinero<sup>154</sup> —que, salvando los casos de las condenas por obligaciones pretorias o derechos reales, procede no sólo cuando la prestación originariamente debida resulta imposible, sino también cuando ésta es posible y preferible para el acreedor—, se indica que se explica históricamente porque la prestación significó primitivamente el medio para liberarse el deudor de la responsabilidad a que el mismo se hallaba sujeto, eludiendo la ejecución personal mediante el pago de la suma de dinero establecida en concepto de resarcimiento como equivalente económico de una prestación debida y no satisfecha.

Precisamente esta circunstancia —aplicación del principio de la *condemnatio pecuniaria*— se destaca como característica diferenciadora con el Derecho actual.

En este sentido se señala que la prestación a que se encontraba obligado el deudor —prestación debida inicialmente— y el resarcimiento de daños, en Derecho romano clásico, no se hallaban entre sí en una relación de dos contenidos posibles de obligación, siendo por tanto susceptibles de efectividad procesal independiente, sino que el resarcimiento se presentaba como el efecto procesal que resultaba del ejercicio de la acción por la que se reclamase el cumplimiento de una obligación, resultando, con carácter general, imposible que el acreedor pudiese conseguir que, por vía procesal, el deudor se viese constreñido o forzado a realizar la misma prestación a que estaba obligado, es decir, a cumplir la exacta ejecución del débito originario; únicamente posible, pero en este caso con carácter voluntario para el demandado, en el supuesto de los *iudicia arbitraria* o de buena fe.

Sin embargo, en el Derecho actual la sentencia de condena no versa necesariamente sobre el equivalente económico —en concepto de resarcimiento— de la prestación debida originariamente y no satisfecha, sino, por el contrario, sobre dicha prestación; es decir, que la sentencia de condena tiene por objeto, en los supuestos normales la misma prestación debida, su exacto cumplimiento, presentándose la sustitución en la prestación como fenómeno especial y excepcional, que resulta condicionado a las especiales circunstancias de hecho, debiéndose siempre la dispensa del exacto cumplimiento a la imposibilidad material de realizar dicha prestación, y reduciéndose el deber de cumplimiento, sólo en casos marginales, a una indemnización.

No obstante la diferencia indicada, resulta preciso destacar que en el procedimiento cognitorio romano deja de regir el aludido principio de la *condemnatio pecuniaria*. En dicho procedimiento, en el que como es sabido coinciden en el magistrado—funcionario las funciones de *cognitio* y *executio*, mediante la condena se podían imponer prestaciones que no consistiesen necesariamente en dinero, y hacerse efectivas inmediatamente por el procedimiento ejecutivo<sup>155</sup>. Así, se establece que el deudor deberá entregar la cosa debida si ésta todavía existe (*condemnatio in ipsam rem*)<sup>156</sup>, siendo condenado al pago de una cantidad pecuniaria en caso de que aquélla se haya destruido por su culpa, o en el supuesto de que dicha cosa se haya

---

<sup>154</sup> C. 7.46.1; C. 7.46.3.

<sup>155</sup> D. 6.1.68.

<sup>156</sup> C. 3.32.17; C. 3.32.28; C. 3.37.2; C. 4.51.1; C. 5.3.2.



deteriorado también por su culpa, debiendo entonces, además de entregarla, abonar la disminución de valor operada en la misma.

El resarcimiento se presenta en el Derecho romano clásico por consiguiente, como ya se ha indicado, con un carácter originariamente procesal y necesariamente pecuniario.

Por lo que se refiere a la determinación del importe establecido en concepto de resarcimiento o indemnización por el incumplimiento de la obligación, el mismo resulta determinado en la sentencia de condena<sup>157</sup>, que será dictada por el juez siguiendo las indicaciones establecidas en la fórmula (*litis aestimatio*).

Para realizar la fijación del mencionado importe no se adoptó un criterio uniforme para todos los casos posibles. La variedad y amplitud de criterios de resarcimiento dependía de la naturaleza de cada tipo de acción, y de las diversas clases de fórmulas, a cuya redacción debía necesariamente ceñirse el juez.

En cuanto a dichos criterios, tradicionalmente se distinguen dos posibles modos de valoración en atención a la *condemnatio* formularia: o bien concibiéndola de forma limitada a la estimación del valor objetivo, efectivo o de cambio de la cosa que era objeto de la prestación —*verum rei pretium*, adoptado en supuestos como por ejemplo el de la *condictio triticaria*<sup>158</sup>—; o, en su caso, planteándola de un modo más genérico y amplio —*eius condemnatio*—, concediéndosele al juez la posibilidad de tomar en consideración, además del valor comercial o de mercado de la cosa, el conjunto del perjuicio o daño efectivamente sufrido por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de la prestación por el deudor<sup>159</sup>.

El primero de los criterios señalados presenta un carácter objetivo. En referencia al mismo, los juristas hablan de atribución de la *aestimatio rei*<sup>160</sup>. Para apreciar el valor objetivo de la cosa en estas fórmulas, en las que aparece la cláusula *quanti ea res*, se tomará en cuenta, según la naturaleza de la acción que se intente, el que aquélla tenga en el momento de la *litis contestatio* (*quanti ea res est*<sup>161</sup>), o, en su caso, el que tenga en el momento de la sentencia (*quanti ea res erit*).

El segundo criterio valorativo es, sin embargo, subjetivo, y los juristas en este caso se refieren a la atribución del *id quod interest eius* —*creditoris* o *actoris*<sup>162</sup>—. Para valorar todas las consecuencias desventajosas causadas —*id quod interest* equivale a “lo que falta” al acreedor actor; al beneficio o utilidad que habría obtenido si el deudor hubiese cumplido— será preciso tener en cuenta el interés del acreedor en la efectividad de la prestación, atendiendo, a la vez, al valor real de ésta (*damnum emergens*) —pérdida efectivamente sufrida—, y a la falta de ganancia mediata no percibida (*lucrum cesans*) que el cumplimiento le hubiese proporcionado<sup>163</sup>.

<sup>157</sup> Gai. III.180.

<sup>158</sup> D. 13.3.1-4.

<sup>159</sup> D. 43.16.6; D. 43.17.3.11; D. 46.5.11; D. 47.2.81; D. 50.16.193.

<sup>160</sup> D. 50.16.179.

<sup>161</sup> D. 13.6.3.2.

<sup>162</sup> D. 5.1.43; D. 13.4.2.8; D. 45.1.112.1; D. 45.1.133; D. 17.1.22.4; D. 17.1.27.2; D. 17.1.36.1; D. 17.2.65.4; D. 19.1.1; D. 19.1.11.9; D. 19.2.15.8.

<sup>163</sup> D. 19.1.31.1; D. 32.35.pr; D. 46.8.13.pr.

Por lo que se refiere a la determinación del criterio procedente que resulte aplicable de entre los dos posibles criterios de valoración indicados, el mismo dependerá de la índole de la acción ejercitada, distinguiéndose al respecto si la *intentio* de la fórmula es *certa* o, por el contrario, *incerta*.

En el caso de las acciones que tenían por objeto un *certum* se aplicaba el criterio de valoración objetiva, procediendo además estimar o no el valor de las prestaciones accesorias y de los frutos, según fuese la naturaleza de la *actio* ejercitada.

Atendiendo al *certum dari* se vienen indicando como supuestos posibles los siguientes: obligaciones que tienen por objeto la prestación de una *certa pecunia*; obligaciones que tienen por objeto un *certum* distinto del dinero: transmisión de una cosa determinada, o, en las obligaciones genéricas, transmisión de una cierta cantidad de cosas fungibles; y obligaciones que tienen por objeto la devolución de una cosa determinada: depósito, comodato o prenda, por ejemplo.

Tanto en el primer caso —en cuyo ámbito se insertarían las *actiones (certae pecuniae) ex stipulatu, ex testamento, y condictio certae pecuniae*— como en el segundo —en el que se incluirían las *actiones (certae rei) ex stipulatu y ex testamento*, además de la *condictio certae rei* y la *actio operarum*, por la consideración de las *operae* como un *certum*—, el juez únicamente podía condenar pecuniariamente al deudor demandado cuando realmente se debía la cantidad exigida o el *certum* que se reclamaba, o bien, en caso contrario, absolverle de la pretensión formulada por el acreedor demandante.

Sin embargo, cuando se tratase de obligaciones cuyo objeto fuese la devolución de una cosa determinada —al que pertenecerían entre otras todas las *actiones in rem*, las *actiones ad exhibendum*, la *actio redhibitoria*, la *actio de dolo* y la *actio quod metus causa*; todas ellas con *formula arbitraria*, que, como es sabido, faculta al juez para imponer al demandado la posibilidad de llevar a cabo la restitución *in natura* antes de proceder a imponer la condena definitiva en dinero—, se admitió que el juez realizase una determinación del alcance de la prestación más libre, puesto que con la acción ejercitada se pretendía, además de la restitución de la cosa, también los frutos y acciones percibidos<sup>164</sup>, colocando al acreedor, mediante la imposición del *restituere*, en la misma situación en que se encontraría si la prestación hubiese sido satisfecha en su momento.

Tratándose de acciones que tenían por objeto un *incertum*, se aplicaba el segundo criterio valorativo, es decir, el del denominado *id quod interest*, en el que se computaban, según se viene indicando tradicionalmente —con fundamentación en algún texto romano<sup>165</sup>—, el daño emergente y el lucro cesante. En estas fórmulas con *intentio incerta* se atribuía al juez la facultad de condenar *quidquid...dare facere oportet*, es decir, “en todo aquello que el demandado debe al actor”, quedando la fijación del contenido de la reclamación —que, como ya se ha indicado, no aparece delimitado— encomendada al juez, que debería tomar en consideración a efectos

---

<sup>164</sup> D. 22.1.38.10.

<sup>165</sup> D. 46.8.13.pr, y D. 19.2.33.

de valoración además del valor real de la prestación, las obligaciones que para el mismo se hubiesen derivado del incumplimiento<sup>166</sup>, y el lucro que el mencionado cumplimiento le hubiese proporcionado.

Cuando en la fórmula figurase exclusivamente la indicada frase *quidquid...dare facere oportet* —obligaciones de derecho estricto con un *incertum*, establecidas por *stipulatio* o *legatum per damnationem*—, la mayor libertad de apreciación del juez se encontraba referida exclusivamente a la estimación del objeto de la prestación, y no a la causa.

Tanto la causa de la obligación como la total relación obligatoria podría, sin embargo, ser apreciada con amplitud por el juez en todas aquellas acciones en las que a la frase anteriormente señalada se añada el término *ex fide bona: quidquid...dare facere oportet ex fide bona*.

En los denominados *bonae fidei iudicia*, la *bona fides* —cuando al comienzo de la época clásica dichos juicios se incluyen en el ámbito del *ius civile*, y, consiguientemente, cambia la función propia que desempeñaba aquella, considerada hasta entonces como fundamento independiente de las obligaciones—, tras establecerse que tiene la fuerza imperativa de una *lex*, se presenta como la medida según la cual el juez debe juzgar la relación obligatoria, teniendo en cuenta como contenido de la misma todo lo que las partes convinieron y lo que, aún sin ser expresamente pactado y en consideración a las circunstancias que concurren en el negocio, los usos y las exigencias del tráfico jurídico, también ha de estimarse como debido.

De esta forma, en base al arbitrio judicial, el juez puede y debe tener en cuenta —siempre, por supuesto, dependiendo del caso concreto y las circunstancias que en torno al mismo se planteen, que, como es lógico, variarán, por lo que no pueden enunciarse de un modo general y exhaustivo—, entre otros, por ejemplo, los siguientes factores que se vienen señalando como típicos: las prestaciones accesorias —como intereses, frutos, etc.—, los pactos adjuntos en que se reservan o conceden determinadas facultades (*pacta adiecta in continenti*<sup>167</sup>), las obligaciones accesorias impuestas por la relación obligatoria que resulten incumplidas, así como también las actuaciones dolosas (*dolus malus*), o antijurídicas violentas (*vis metusve*), entre otras muchas.

Tal amplitud en cuanto a la posibilidad de apreciación concedida al juez en este tipo de juicios respecto a la reparación por los daños ocasionados con motivo del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la obligación, según la doctrina romanística, comenzó a limitarse desde la época imperial, con la finalidad de evitar los posibles riesgos de su arbitrariedad.

Así, los juristas romanos consideraron que sólo debía ser tenida en cuenta la utilidad directa que había podido procurar la ejecución del contrato y el perjuicio que resultase inmediatamente de su inejecución<sup>168</sup>, adoptándose, por tanto, el principio de la limitación del resarcimiento al interés de la prestación en sí (*circa ipsam rem*),

<sup>166</sup> D. 19.2.7 y 8.

<sup>167</sup> D. 2.14.7.5; D. 18.1.72.pr.

<sup>168</sup> D. 19.1.21.3.

pudiendo ser resarcidos únicamente los daños causados de forma directa por el incumplimiento, por lo que si por ejemplo, en una compraventa, el comprador no había pagado el precio en la fecha establecida, el vendedor que hubiese entregado el objeto vendido podría pretender la suma acordada mas los intereses derivados del retraso; pero, sin embargo, no podría pedir, además de dicha suma, la cantidad correspondiente a lo que habría conseguido si, disponiendo del dinero en su momento, lo hubiese invertido, obteniendo de esta forma una ganancia adicional<sup>169</sup>.

Avanzando en el tiempo, en Derecho justiniano se acusa una tendencia a extender el principio —establecido en relación causa/efecto— de que la indemnización comprendiese siempre todas las consecuencias perjudiciales que pudiesen ser atribuidas al hecho del incumplimiento de la obligación; hecho del que el deudor resultase responsable.

En cuanto a la valoración del interés, Justiniano estableció una limitación en el importe de la condena pecuniaria mediante una constitución del año 531<sup>170</sup>, que planteó notables dificultades interpretativas. Mediante la citada Constitución imperial se fijó la cuantía máxima del resarcimiento en el doble del valor real de la prestación. Por ello, si la obligación tenía por objeto una cosa específica o una suma cierta de dinero, lo establecido en concepto de resarcimiento no podría superar el doble del valor, o del importe total de dicha suma; en los demás casos no se establecieron límites a la determinación señalada por el juez.

Por último cabe señalar que, en lugar de, o en su caso junto con, la determinación del resarcimiento de daños por incumplimiento de una obligación, establecido por vía procesal, las propias partes intervinientes en la correspondiente relación obligatoria podrían ser las que, de común acuerdo, estableciesen previamente la suma a abonar al acreedor por parte del deudor en caso de inejecución o cumplimiento defectuoso de la obligación.

Tal posibilidad, en la que se produciría la sustitución del juez por las partes implicadas en la relación comercial, aparece recomendada en las Instituciones de Justiniano<sup>171</sup> para todos aquellos supuestos en los que el objeto del contrato presentase especiales dificultades de valoración —obligaciones de hacer o de no hacer—, y, según algunos autores, respondería a la desconfianza de las partes en la excesiva libertad que se concedía al juez en cuanto a la valoración, de la que aquellas intentaban protegerse recurriendo a dicha posibilidad.

En estas ocasiones, como ya se ha indicado, las partes establecían, convencionalmente y con carácter previo, una pena a pagar por el deudor al acreedor en caso de que se produjese el incumplimiento de la obligación.

Para acordar la indicada pena —doctrinalmente denominada pena contractual o convencional—, las partes recurrían a la *stipulatio poenae*. Ésta podría adoptar dos formas o modalidades, cumpliendo en cada caso diferentes funciones.

---

<sup>169</sup> D. 18.6.20.

<sup>170</sup> C. 7.47.1, cuya idea también se recoge en el interpolado D. 19.1.44.

<sup>171</sup> IJ. 3.15.7.

En una primera forma flexible, la pena se presentaba como accesoria de la obligación principal ya existente o constituida simultáneamente con ella —pena convencional en sentido propio—, prometiéndose condicionadamente, por lo general, el pago de una suma de dinero para el caso en que la obligación existente no se cumpliera, o se cumpliera de forma irregular y, sobre todo, de manera extemporánea.

Así, en el caso de que, por ejemplo, se estipulase la entrega de un esclavo en los términos *Stico dari spondesne? Si non dederis centum dari spondesne?*<sup>172</sup>, la segunda estipulación en la que se prometía una pena servía para asegurar el crédito resultante de la primera estipulación, en la que se recogía expresamente la promesa de prestación del esclavo.

Esta primera forma presentaba para el acreedor la ventaja de exonerarle de la carga de la prueba de los daños y perjuicios que el incumplimiento, o el cumplimiento irregular de la obligación, le ocasionaba; prueba ésta que, en bastantes ocasiones, dependiendo del tipo concreto de obligación asumida, ofrecía notables dificultades y complicaciones.

Por lo que se refiere a la posibilidad de exigir simultáneamente la pena convencional estipulada y el cumplimiento de la obligación principal, ello sólo resultaría factible cuando dicha pena hubiese sido convenida para el supuesto del cumplimiento tardío<sup>173</sup>. Si la pena se prometió para el caso de incumplimiento del crédito principal, y el acreedor exigiese ambos, los juristas clásicos estimaron que, al ejercicio de la acción derivada de la estipulación principal, el deudor podría interponer una *exceptio doli*<sup>174</sup>, no siendo necesaria para oponerse a la pretensión del actor cuando, como es sabido, la obligación principal fuese de las que se podían reclamar como *bonae fidei iudicia*<sup>175</sup>.

La segunda forma que podía presentar la pena convencional aparece, frente a la primera, con un carácter más rígido y cumpliendo una función reparadora.

En estos casos, la prestación de la pena —denominada doctrinalmente pena convencional impropia o falsa pena convencional— se estipulaba para constreñir o forzar al deudor al cumplimiento de una acción u omisión, siendo procedente el pago de la pena cuando aquella acción señalada no se efectuaba, y cuando se infringía el deber de abstención.

Así, en el caso de que, por ejemplo, se estipulase en relación a un fundo en los siguientes términos *Si fundum non dederis, centum dari spondesne?*<sup>176</sup>, la pena se presentaba como el objeto mismo de la obligación —jurídicamente sólo era debida la pena—, pero como la efectividad de dicha pena se hallaba condicionada por el incumplimiento o inexecución de la prestación realmente querida, el deudor se hallaba

<sup>172</sup> D. 45.1.115.2, en su segunda parte; D. 17.2.71.pr.; D. 19.1.28; D. 23.4.12.2; D. 45.1.122.3.

<sup>173</sup> D. 45.1.90.

<sup>174</sup> D. 44.4.4.7.

<sup>175</sup> D. 19.1.28.

<sup>176</sup> D. 44.7.44.5; D. 46.3.98.5.

indirectamente constreñido a realizar tal prestación para evitar el cumplimiento de la pena establecida.

En cuanto a los efectos que producía esta forma que podía adoptar la cláusula penal, los autores indican, entre los más rigurosos, el de que la pena se sufría incluso en los casos de inexecución parcial<sup>177</sup>. También, que dicha pena resultaba exigible aunque el deudor se hallase exento de culpa —al derivar la imposibilidad del cumplimiento de la prestación, por ejemplo, de caso fortuito<sup>178</sup>—, resultando, por tanto, indiferente la circunstancia de que el citado deudor fuese o no responsable del incumplimiento de la obligación principal, aún cuando parecen haberse admitido al respecto algunas excepciones<sup>179</sup>.

Por lo que a la exigibilidad de la pena convencional se refiere, asimismo se suelen distinguir en ambas formas los supuestos en los que con dicha pena se perseguía conseguir del deudor una abstención u omisión, de los que buscaban obligarle a realizar una acción, deber positivo o de actuar.

En el primer caso, la pena convencional era exigible —se podía hacer efectiva— desde el momento en que el deudor actuaba violando el deber de omisión<sup>180</sup>; en el segundo, sin embargo, se planteó una polémica jurisprudencial en cuanto al posible momento de su exigibilidad, estimando algunos juristas que la pena resultaba exigible desde el momento en que lo fuera la obligación principal, mientras que otros consideraron que sólo lo era cuando ya no fuese posible cumplir la obligación principal<sup>181</sup>.

Además de las ya indicadas funciones, relativas a la prevención contra las posibles arbitrariedades del juez al realizar la correspondiente valoración del incumplimiento de la obligación y la superación de la dificultad y consiguiente retraso en orden a la determinación del resarcimiento en casos complejos, la cláusula penal también se utilizó, entre otras finalidades, para hacer indirectamente obligatorias, y por ello exigibles, determinadas prestaciones que, bien por no ser susceptibles de valoración económica —por no tener para quien las recibía un valor patrimonial concreto—, o bien por haberse constituido a favor de terceros, no podían ser objeto de una *obligatio* en sentido estricto —es decir, provista de la correspondiente acción—, además de servir asimismo para sancionar la falta de ejecución de un *nudum pactum*.

Finalmente cabe señalar que, al igual que como ya se ha indicado anteriormente, no se podía exigir el pago de la pena y la ejecución de la obligación, en principio, tampoco se podían acumular el resarcimiento de daños establecido convencionalmente y el determinado judicialmente.

Lo que sin embargo sí podían hacer las partes, según se ha señalado *supra* en relación a la primera forma que podía adoptar la pena convencional, era prever que la pena fuese satisfecha sancionando el mero retraso en la ejecución, aunque la misma se hubiese realizado, pero a destiempo, representando en tal caso la *poena* el

---

<sup>177</sup> D. 45.1.85.6.

<sup>178</sup> D. 9.2.22.pr.

<sup>179</sup> D. 22.1.9.1 *in fine*.

<sup>180</sup> D. 19.2.54.1.

<sup>181</sup> D. 45.1.115.2.

interés que el acreedor tenía en ser pagado sin la demora que previó<sup>182</sup>; posibilidad ésta —relativa a la susodicha acumulación— que, aún a pesar de las precauciones tomadas al respecto<sup>183</sup>, permitió a los particulares defraudar las leyes establecidas contra la usura.

## 11. Bibliografía

El elenco de referencias bibliográficas que, partiendo del año 1900, a continuación se señala, se realiza con un carácter meramente indicativo y en ningún caso exhaustivo, dado el amplísimo número de obras y trabajos de investigación que, como es sabido, han sido escritos en la materia, tanto con carácter general como en orden a aspectos puntuales, respecto a las diferentes cuestiones aquí planteadas.

FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*, en *Atti della R.Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, 32,I (1901), 141 ss.

LUSIGNANI, *La responsabilità per custodia secondo il diritto romano* (Modena, 1902), II-III (Parma, 1903 y 1905).

DE MEDIO, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, en *BIDR* 18 (1906), 260 ss.

DE MEDIO, *Valore e portata della regola 'magna culpa dolus est'*, en *Studi Fadda* II (Napoli, 1916), 223 ss.

RABEL, *Origine de la règle 'impossibilium nulla obligatio'*, en *Melanges Gérardin* (Paris, 1907), 473 ss.

DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, en *BIDR* 20 (1908), 157 ss.

LITTEN, *Zum dolus-Begriff in der actio de dolo*, en *Festgabe Güterbock* (Berlin-Vahlen, 1910), 255 ss.

KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, en *Festgabe Gierke II* (Weimar, 1910), 235 ss.

GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, en *ZSS* 34 (1914), 255 ss.

SERTORIO, *La culpa in concreto nel diritto romano en el diritto odierno* (Torino, 1914).

LENEL, *Culpa lata und culpa levis*, en *ZSS* 38 (1917), 263 ss.

BINDING, *Culpa, culpa lata und culpa levis*, en *ZSS* 39 (1918), 1 ss.

HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht I: über die Haftung für custodia; II: periculum est emptoris*, en *ZSS* 40 (1919), 167 ss.

MAYER, *Praestare*, en *ZSS* 42 (1921), 198 ss.

KUNKEL, *Diligentia*, en *ZSS* 45 (1925), 266 ss.

PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain* (Paris, 1926).

ARNÓ, *Perpetuatio obligationis*, en *AG* 16 (1928).

BUCKLAND, *Diligens paterfamilias*, en *Studi Bonfante II* (Milano, 1930), 85 ss.

ERHARDT, *Diligentia quam in suis*, en *Mnemosyne Pappulias* (Athenis, 1934), 101 ss.

<sup>182</sup> D. 17.2.60.pr.

<sup>183</sup> D. 22.1.9.pr.

- ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2ª ed. (Napoli, 1935) (ristampa corretta, 1958).
- VAZNY, *Svolgimento della responsabilità per colpa nel diritto romano*, en *Acta Congressus iuridici internationalis-Romae 1934* (Roma, 1935), 347 ss.
- SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano* 2ª ed. (Napoli, 1935).
- ALBERTARIO, *In tema di responsabilità in contrahendo*, en *Studi III* (Milano, 1936), 367 ss.
- LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo* (Padova, 1937)
- LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I: La responsabilità per custodia* (Milano, 1938)
- KRÜCKMANN, *Custodia*, en *ZSS 64* (1944), 1 ss.
- PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischen Recht*, en *ZSS 65* (1947), 121 ss.
- VOCI, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico*, en *Scritti beatificazione Ferrini II* (Milano, 1948), 361 ss.
- MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, en *RIDA 3* (1949), 177 ss.
- VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, en *RIDA 3* (1949), 437 ss.
- SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, en *SDHI 20* (1954), 127 ss.
- DE ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel diritto postclassico*, en *Studi De Francisci IV* (1955), 369 ss.
- MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis: D.45,1,91*, en *Iura 7* (1956), 6 ss.
- BETTI, *'Periculum'. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, en *Studi de Francisci I* (Milano, 1956), 133 ss.
- PASTORI, *Gaio e la responsabilità contrattuale*, en *Labeo 2* (1956), 251 ss.
- LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Weimar, 1956).
- KASER, *Periculum locatoris*, en *ZSS 74* (1957), 157 ss.
- BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano* (Roma, 1958).
- FEENSTRA, *Deux textes des Gaius sur la responsabilité contractuelle: D. 19,2,40 et D. 4,9,5*, en *Mélanges Lévy Bruhl* (Paris, 1959) 105 ss.
- CASAVOLA, *Dolo (diritto romano)*, en *NNDI 6* (1960), 149 ss.
- NÖRR, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht* (München, 1960).
- LUZZATTO, *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, en *BIDR 63* (1960), 47 ss.
- CRIFÓ, *Illecito (diritto romano)*, en *NNDI 8* (1962), 153 ss.
- PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale in diritto romano*, en *Studi Betti III* (Milano, 1962), 693 ss.
- TALAMANCA, *Colpa civile (diritto romano e diritto intermedio)*, en *ED VII* (Milano, 1962), 517 ss.
- THOMAS, *Digest 19,2,9,3*, en *ZSS 79* (1962), 334 ss.
- MEDICUS, *'Id quod interest'*, (Köln-Graz, 1962).
- GROSSO, *Il sistema romano dei contratti* (3ªed.) (Torino, 1963), 156 ss, 260 ss.



- MIQUEL, *Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, en ZSS 81 (1964), 134 ss.
- SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, en BIDR 66 (1964), 19 ss.
- CANCELLI, *Diligenza (diritto romano)*, en ED 12 (1964), 517 ss.
- LUZZATTO, *Dolo (diritto romano)*, en ED (1964), 712 ss.
- WUNER, *'Contractus'* (Köln-Graz, 1964).
- BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im Römischen Recht* (München, 1964).
- DE ROBERTIS, *I problemi della responsabilità contrattuale nelle Istituzioni di Gaio e le lacune del manoscritto veronese*, en Studi Biondi I (Milano, 1965), 103 ss.
- WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford, 1965).
- STURM, *'Oportere'*, en ZSS 82 (1965), 211 ss.
- GROSSO, *Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche* (3ª ed.) (Torino, 1966).
- CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano I* (Milano, 1966).
- CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando'*, en SDHI 32 (1966), 63 ss.
- KASER, *'Oportere' und 'ius civile'*, en ZSS 83 (1966), 1 ss.
- METRO, *Custodiam praestare*, en Labeo 13 (1967), 60 ss.
- CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico (corso 1967-68)* (Milano, 1969).
- VOCI, *Le obbligazioni romane, I: Il contenuto dell'obligatio'* (Milano, 1969).
- HONSELL, *'Quod interest' im 'bonae fidei iudicium'* (München, 1969).
- DE ROBERTIS, *Introduzione allo studio della responsabilità contrattuale nel sistema della compolazione giustineana* (Bari, 1970).
- MASI, *Inadempimento (premessa storica)*, en ED 20 (1970), 858 ss.
- SCHERILLO, *Le definizioni romane delle obbligazioni*, en Studi Grosso IV (Torino, 1971), 95 ss.
- MAC CORMACK, *Culpa in eligendo*, en RIDA 18 (1971), 525 ss.
- MAC CORMACK, *Custodia and culpa*, en ZSS 89 (1972), 149 ss.
- MAC CORMACK, *Culpa*, en SDHI 38 (1972), 123 ss.
- MAC CORMACK, *Factum debitoris and culpa debitoris*, en TR 41 (1973), 59 ss.
- VAN DEN BERGH, *Custodiam praestare, Custodia-Liability or Liability for Failing Custodia?*, en TR 43 (1975), 59 ss.
- MACQUERON, *Histoire des obligations. Le droit romain* (Aix-en-Provence, 1975), 370 ss.
- CANNATA, *Mora (storia)*, en ED XXVI (Milano, 1976), 921 ss.
- CANNATA, *Le definizioni romane dell'obligatio'. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, en Studi D'Amelio I (Milano, 1978), 131 ss.
- MAC CORMACK, *Periculum*, en ZSS 96 (1979), 129 ss.
- MAC CORMACK, *Further on Periculum*, en BIDR 82 (1979), 11 ss.
- BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis* (Padova, 1979).
- TALAMANCA, *Obbligazioni*, en ED 29 (1979), 1 ss.
- KASER, *Perpetuari obligationem*, en SDHI 46 (1980), 87 ss.

- MAC CORMACK, *Fault and Causation in Early Roman Law: An Anthropological Perspective*, en *RIDA* 28 (1981), 97 ss.
- CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, en *Leggi, codici, giuristi*, (Vacca ed.) (Milano, 1982), 227 ss.
- DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della Grande Compilazione. Alle scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale I-II* (Bari, 1981-82).
- ERNST, *'Periculum est emptoris'*, en *ZSS* 99 (1982), 163 ss.
- SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, en *Annali Palermo* 37 (1983), 1 ss.
- KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, en *ZSS* 100 (1983), 340 ss.
- PINA PARPAGLIA, *'Vitia ex ipsa re'. Aspetti della locazione in diritto romano* (Milano, 1983).
- MAC CORMACK, *Juristic Use of the Term dolus: contract*, en *ZSS* 100 (1983), 520 ss.
- PASTORI, *Sulle obbligazioni di mezzi e di risultato*, en *Sodalitas (Scritti in onore di A. Guarino)* V (Napoli 1984), 2533 ss.
- MAC CORMACK, *Sciens dolo malo*, en *Sodalitas (Scritti in onore di A. Guarino)* III (Napoli, 1984), 1445 ss.
- TAFARO, *Regola e ius antiquum in D.50.17.23 Ricerche sulla responsabilità contrattuale I* (Bari, 1984).
- CANNATA, *Recensione a De Robertis, La responsabilità nel sistema della grande compilazione*, en *Iura* 33 (1982, public. 1984), 190 ss.
- MAC CORMACK, *Standards of Liability in Early Law*, en *The Juridical Review* (1985), 166 ss.
- MAC CORMACK, *Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale*, en *LQR* 101 (1985), 573 ss.
- MAC CORMACK, *Dolus in Republican Law*, en *BIDR* 88 (1985), 1 ss.
- MAC CORMACK, *Dolus in the Law of the Early Classical Period*, en *SDHI* 52, (1986) 263 ss.
- BISCARDI, *Génesis y desarrollo del sistema contractual romano*, en *Temas de Derecho romano* (trad. de PARICIO) (Barcelona, 1986), 35 ss.
- PETERS, *'Periculum est emptoris'*, en *Festgabe Kaser* (Wien-Köln-Graz, 1986), 221 ss.
- ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain* (Bruxelles, 1987).
- BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Barcelona, 1987).
- TAFARO, *Criteri di imputazione della responsabilità contrattuale e 'bona fides': brevi riflessioni sulle fonti romane e sul codice civile italiano*, en *Studi Biscardi* VI (Milano, 1987), 311 ss.
- D'ORS, *Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones*, en *Homenaje a J. Berchmans Vallet de Goytisolo* I (Madrid, 1988), 541 ss.
- DE ROBERTIS, *Responsabilità contrattuale (diritto romano)*, en *ED* 39 (1988), 1054 ss.

- MURILLO, *Notas sobre la patrimonialidad de la prestación en Derecho romano*, en *Homenaje a J. Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VI (Madrid, 1988), 391 ss.
- SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, en *Problemática contrattuale I* (Milano, 1989), 89 ss.
- SARGENTI, *Rischio contrattuale (diritto romano)*, en *ED XL* (Milano, 1989), 1126 ss.
- BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, en *Seminarios complutenses de Derecho romano 1* (1989), 53 ss.
- SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, en *Iura* 38 (1987, publ. 1990), 25 ss.
- VOCI, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa': i dati fondamentali*, en *SDHI* 56 (1990), 29 ss.
- ROBAYE, *Responsabilité objective et subjective en droit romain. Questions de terminologie et de méthode*, en *TR* 58 (1990), 345 ss.
- DE FALCO, *'Diligentiam praestare'. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'* (Napoli, 1991).
- CANNATA, *'Perpetuatio obligationis'*, en *Seminarios complutenses de Derecho romano IV* (1992), 49 ss.
- VALDITARA, *Supermento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini* (Milano, 1992).
- CANNATA, *In tema di aestimatio rei nell'azione aquiliana*, en *SDHI* 58 (1992), 386 ss.
- CANNATA, *Una casistica della colpa contrattuale*, en *SDHI* 58 (1992), 413 ss.
- ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town-Wetton, Johannesburg, 1992) (reprint. Ed, 1990).
- BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, en *Labeo* 38 (1992), 203 ss.
- CUENA, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica* (Valladolid, 1992).
- MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa* (Barcelona, 1993).
- MAC CORMACK, *Dolus, Culpa, Custodia and Diligentia. Criteria of Liability or Content of Obligation*, en *Index* 22 (1994), 189 ss.
- DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica* (Bari, 1994).
- CARDILLI, *L'obbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)* (Milano, 1995).
- TALAMANCA, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, en *Seminarios complutenses de Derecho romano VII* (1995) 217 ss.
- CANNATA, *Sul Problema della Responsabilità nel Diritto Privato Romano. Materiali per un Corso di Diritto Romano* (Catania, 1996).
- GIUFFRÉ, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni* (Napoli, 1997).
- PARICIO, *Sull'idea de contratto in Gaio*, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino 1997), 151 ss.
- DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica* (Bari, 1998).

- AA.VV. (coord. PARICIO SERRANO), *Derecho Romano de obligaciones (Homenaje al Profesor J. L. Murga Gener)* (Madrid, 1994).
- RODRÍGUEZ ENNES, *En torno al Derecho romano de obligaciones*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña V* (2001), 693 ss.
- AA.VV. (coord. MURILLO VILLAR), *La responsabilidad civil. De Roma al Derecho moderno* (Burgos, 2001).
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN F., *Sistema contractual romano* (Madrid, 2003), esp. 115 ss.
- RODRIGO ALARCÓN, *Evolución histórica de la figura del lucro cesante*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña VII*, (2003), 641 ss.
- SERRANO VICENTE, *Custodiam praestare* (Tesis doctoral inédita), (Sevilla, 2003).
- SILVA SÁNCHEZ, *La patrimonialidad de la prestación y la protección del interés no patrimonial (En el Derecho romano y en la dogmática jurídica moderna)* (Cáceres, 2003).
- AA.VV.(a cura di GAROFALO), *Il ruolo della bouna fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese)* IV vols. (Padova, 2003).
- STOLFI, *'Bonae fidei interpretatio'. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica* (Napoli, 2004).

---

**Protección del medio  
ambiente imponiendo  
una responsabilidad civil**

---

*Henry W. McGee, Jr.*  
UCLA School of Law

*Luz E. Ortiz Nagle*  
Stetson University College of Law



## 1. Introducción

Se reconoce que las naciones, como entidades soberanas, tienen derecho a explotar sus recursos naturales siempre y cuando no contravengan su legislación nacional y dichas actividades no causen un daño en otros países. El derecho de las personas a un ambiente sano constantemente se infringe por los daños medioambientales ocurridos a nivel nacional e internacional. Dicho derecho debe ser tutelado por la legislación local e internacional. Esta necesidad de tutela produce conflictos que deben ser resueltos por la teoría de la responsabilidad civil. Entre los conflictos a resolver están la necesidad de considerar los daños sociales, las dificultades de determinar la cuantía y beneficiario de la indemnización, la dificultad de individualizar el sujeto (los sujetos) responsables y, a nivel internacional, se añade el celo de proteger la soberanía nacional. A nivel nacional se ha avanzado en realizar una implementación medioambiental; sin embargo, no ha habido consenso mundial en alcanzar un acuerdo general en las respectivas normas.

La situación precaria del medio ambiente ha forzado a la comunidad mundial a considerar distintas opciones. La esperanza es que alguna se logre antes de que sea demasiado tarde para la humanidad.

Este trabajo examinará diversas propuestas para un mejor y más efectivo régimen de responsabilidad civil en la transmisión de daños ambientales, basado en regulaciones parciales ya existentes, y en otros destacados estudios.

El artículo se divide en cuatro secciones. La primera ofrece una sinopsis de la evolución de la situación ambiental a nivel mundial.

## 2. Situación ambiental a nivel mundial

En un estudio recientemente elaborado por científicos del PNUMA (Programa para el Medio Ambiente de las Naciones Unidas), se indicó que una amplia capa de contaminación conocida como “Neblina Café Asiática” está dañando la agricultura a lo largo de Asia del sur, y que posiblemente ocasionará cientos de miles de muertes prematuras como resultado de niveles altos de enfermedades respiratorias. El efecto que esta neblina tendría en el clima Asiático y mundial es incierto. Las consecuencias contaminantes de dicha neblina provienen de sus elementos: aerosoles; una masa de cenizas; ácidos y otras partículas. Las investigaciones previas revelan que la acumulación de neblina está destruyendo los sistemas de clima en el occidente y el Continente Asiático<sup>1</sup>.

La situación precaria en que se encuentra el medio ambiente ha conducido a una alerta global<sup>2</sup>. Gobiernos, individuos, medios de comunicación y otros sectores no

---

<sup>1</sup> Ver el comunicado de prensa de del 14 de agosto de 2002. en <http://www.rolac.unep.mx/centinf/esp/cprensa/cpb35e/cpb35e.htm>.

<sup>2</sup> Varios Organismos sin ánimo de lucro denuncian el estado del medio ambiente y ofrecen distintos programas y servicios para mejorar la situación global. Entre ellos está el Center for International Environmental Law. Ver <http://www.hg.org/cgi-bin/redirect.cgi?url=http://vls.law.vill.edu/students/orgs/elj/>. También está la Agencia Internacional Medio ambiental para gobiernos locales, The International Council for Local Environment Initiatives (ICLEI). Su misión es construir y ayudar a los movimientos locales y mundiales a alcanzar mejoras tangibles en el medio ambiente global y un desarrollo sostenido a través de acciones locales. Ver <http://www.iclei.org/>.

gubernamentales, especialmente en los países desarrollados, han reconocido la necesidad de trabajar conjuntamente por el medio ambiente y así asegurar un planeta más habitable para la humanidad<sup>3</sup>. Hoy se reconoce la crisis ambiental que sufre la humanidad en el nuevo milenio y la urgencia y trascendencia que existe de proteger nuestro medio ambiente<sup>4</sup>. Muchos organismos especializados han fomentado y aprobado varias reglamentaciones jurídicas dirigidas a la preservación y protección del medio ambiente<sup>5</sup>. Varios países, tomando conciencia de dicha urgencia, han aprobado normas constitucionales<sup>6</sup> e implementado distintas leyes relativas a la protección ambiental<sup>7</sup>.

No obstante, en atención a la gravedad de los problemas ecológicos y de la dimensión tranfronteriza que alcanzan, y de la ineficacia que las existentes medidas medio ambientales de régimen netamente nacional poseen, los países y las instituciones especializadas han concluido que es imprescindible llevar a cabo una reglamentación internacional<sup>8</sup>.

Este reconocimiento se concretó en 1972 en la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano realizada en Estocolmo

---

<sup>3</sup> Los últimos años muestran una gran actividad ambiental a nivel internacional. Los Organismos de las Naciones Unidas que se ocupan de los asuntos de desarrollo y sociales han sido testigos de la gran proliferación de nuevos acuerdos ambientales multilaterales y una integración de los temas del medio ambiente. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) pretende promover y facilitar la colaboración y la concordancia entre los diversos convenios internacionales. Para ello el PNUMA ha creado una División de Convenios Ambientales. Ver <http://www.unep.ch/conventions/synergies/synergies1s.pdf>.

<sup>4</sup> Perspectivas del Medio Ambiente Mundial 2000(GEO 2000) es un informe que analiza asuntos regionales y globales para mostrar la crisis ambiental mundial. Éste plantea los problemas actuales y señala amenazas nuevas y serias. El informe ofrece recomendaciones para una acción inmediata. El GEO 2000 analiza asuntos regionales y globales. Ver Perspectiva del Medio Ambiente Mundial 2000, Naciones Unidas, 2000.

<sup>5</sup> Naciones Unidas dispone de varios programas relacionados con el medio ambiente. Entre ellos cabe destacar el programa para el Desarrollo y La Revisión Periódica de Leyes Ambientales. A través de este programa, Naciones Unidas trata de potenciar la capacidad de los países de participar efectivamente en el desarrollo e implementación de leyes ambientales. En este contexto, la UNEP ofrece apoyo legal y asistencia técnica a países en vías de desarrollo con economías en transición, cuando lo solicitan. Para ver los programas ambientales de las Naciones Unidas: <http://www.unep.org/>.

<sup>6</sup> Algunos estudios enumeran normas constitucionales de varios países entre ellos están E. Brown Weiss *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, Tokyo 1989, Appendix B. También se encuentra *Human Rights and the Environment. Second Progress Report*, UN Doc.E/CN.4/1993/7.

<sup>7</sup> El Center for International Environmental Law (CIEL) tiene un archivo de las leyes ambientales de varios países en <http://www.hg.org/cgi-in/redir.cgi?url=http://vls.law.vill.edu/students/orgs/elj/>. También ver el caso de Argentina en <http://www.meccon.gov.ar/invest/environment/legal.htm>, el caso de Australia en [http://www.dms.dpc.vic.gov.au/sb/1996\\_Act/A00365.html](http://www.dms.dpc.vic.gov.au/sb/1996_Act/A00365.html), y el de Ucrania en [http://www.brama.com/law/environment/envir\\_pr.txt](http://www.brama.com/law/environment/envir_pr.txt).

<sup>8</sup> Green Peace ha denunciado la mala implementación que varios países han hecho de ciertas leyes ambientales, como es el caso de la legislación de Gabon: ver <http://www.greenpeace.org>. La proliferación de diversos proyectos mundiales que plantean formas alternativas de supervivencia ante la crisis ambiental demuestra que existe una necesidad de unificación legal para defender el medio ambiente. Entre estos proyectos caben destacar tres. En 1972, la reunión de la Organización de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano realizada en Estocolmo, Suecia. En 1980 con la adaptación de un documento titulado la Estrategia Mundial para la Conservación. Éste reúne un análisis global de la situación política y socio-ambiental. En el se empieza a perfilar el concepto de Desarrollo Sostenible y el de Participación Social. Por último, en 1992, la reunión de Río de Janeiro en Brasil en la que se perfila un nuevo orden internacional en el marco ambiental, y una extensa intervención de la sociedad civil que pone en cuestión las nociones de estado de derecho y soberanía; en ella se consolidó la estrategia para la participación ciudadana en las cuestiones ambientales.



(Suecia). Allí se destacaron los Principios del Ambiente en el ámbito mundial y se hicieron algunas recomendaciones en el ámbito nacional e internacional<sup>9</sup>. En esta reunión, los Estados miembros adoptaron el principio “todos tenemos derecho a gozar de un ambiente sano”<sup>10</sup>.

En la Declaración se señalaron abiertamente los objetivos y responsabilidades de los diferentes países y se destacó la realidad del Derecho Internacional como régimen de soberanía de cada país. En el Principio 21 de la Declaración se estableció que “los países tienen... el derecho soberano de explotar sus propios recursos de acuerdo con su legislación nacional, y así mismo la responsabilidad de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción o control no causen daño al ambiente de otros países o áreas más allá de los límites de la jurisdicción nacional”<sup>11</sup>.

Adicionalmente a la obligación de controlar las actividades dentro de su respectivo territorio, la Declaración determinó que “los países también deberán cooperar en el desarrollo del Derecho Internacional con respecto a la punibilidad y compensación a las víctimas por la contaminación y otros daños causados por actividades ocurridas dentro de su jurisdicción o fuera de ella”<sup>12</sup>.

Aún cuando se ha logrado un progreso después de la Conferencia de Estocolmo en el área de acuerdos internacionales, y consensos en aspectos sustantivos ambientales, eficaz punibilidad y responsabilidad, persisten metas difíciles de alcanzar. Sin embargo, el Instituto de Derecho Internacional estableció recientemente un Protocolo que debería responsabilizar a las naciones por daños atroces al ambiente ocasionados por particulares dentro del territorio del un Estado<sup>13</sup>. Mientras los diferentes países han desarrollado de una manera significativa normas ambientales, “han estado apáticos por lograr un acuerdo unánime en las respectivas normas”<sup>14</sup>.

El progreso hacia la meta de lograr un consenso normativo en cuanto a una responsabilidad y efectiva punibilidad en el campo ambiental, igualmente se ha retar-

<sup>9</sup> Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano, adoptada por la Conferencia sobre el Ambiente Humano celebrada en Estocolmo el 16 de junio de 1972 (de aquí en adelante Declaración de Estocolmo o la Declaración. *Informe de la conferencia sobre el Ambiente humano de las Naciones Unidas, Estocolmo, junio 5-16, 1972*, U.N. Doc. A/CONF.48/14/Rev. 1 en el 3 (1973), U.N. Doc. A/CONF.48/14 at 2-65, y Corr. 1 (1972); reimprimido en 11 I.L.M. 1416 (1972) y 5 *Weston V.B.3*, y en <http://www.unep.org/Documents/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503>. Esta Declaración fue reafirmada por la Declaración de Río en el Ambiente y el Desarrollo. *Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, June 3-14, 1992*, U.N. Doc. A/CONF.151.26 (Vol. 1), reimprimida en <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>. Esta Declaración fue reafirmada por la Declaración de Río en el Ambiente y el Desarrollo. *Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, June 3-14, 1992*, U.N. Doc. A/CONF.151.26 (Vol. 1), reimprimida en <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.* Principio 21.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Teresa A. Berwick, *Responsibility and Liability for Environmental Damage: A Roadmap for International Environmental Regimes*, 10 *GEO. INT'L ENVTL. L. REV.* 257 (1998).

<sup>14</sup> Ver *Responsibility and Liability Under International Law for Environmental Damage*, Institute of International Law, Strasbourg Sess., Sept. 4, 1997, (Francisco Orrego Vicuna, rapporteur); Francisco Orrego Vicuna, *Responsibility and Liability Under International Law for Environmental Damage Resolution*, 1997 *INST. INT'L L. ART.* 1, 4, reimprimida en 10 *GEO. INT'L L. REV.* 269, 270, pp. 281-282 (1998).

dado a consecuencia del tradicional concepto que los países tienen de la soberanía<sup>15</sup>. Esta noción tradicional del Derecho Internacional ha creado un dilema único “en términos de ambiente global” debido “a la adherencia a los intereses de la soberanía nacional en contraste con la idoneidad de los países para actuar conjuntamente y de acuerdo con el interés general”<sup>16</sup>.

Es esencial que exista un régimen efectivo para la responsabilidad civil por transmisión de daños ambientales, aún cuando para lograrlo se presenten grandes dificultades. Un régimen regulatorio, carente de posibilidades para que la parte afectada pueda obtener compensación, es incompleto e inútil. Un “sistema de responsabilidad internacional para los países debe contener la más completa y estricta lista de actos lesivos, e igualmente una amplia y adecuada regulación de compensación a las víctimas”<sup>17</sup>.

### **3. Convenciones y régimen legal vigente**

La polución transfronteriza se da cuando un agente físico es transportado de un Estado a otro causando daño en otra jurisdicción más allá de los límites de su jurisdicción nacional<sup>18</sup>.

Bajo el régimen existente, los individuos afectados por daños causados por polución transfronteriza, pueden obtener una compensación. Ésta se obtiene a través de un litigio transnacional acudiendo a los Tribunales extranjeros para que apliquen la ley nacional, o a través de acuerdos coercitivos aplicables a específicos sectores del daño ambiental con prescritos procedimientos internacionales<sup>19</sup>.

#### **3.1. Disputa transnacional en Tribunales nacionales**

En el sistema actual de litigio transnacional, la parte afectada busca compensación en Tribunales nacionales o internacionales, basado en leyes nacionales<sup>20</sup>. Debido a la falta de conocimiento por parte de las víctimas y a los altos costes que este tipo de demandas conlleva, existen muchas dificultades para que los demandantes puedan ejercitar el respectivo proceso en otro país<sup>21</sup>. Aún cuando el gobierno del país del demandante pudiera demandar en representación de la víctima, dicho gobierno puede no estar bien situado jurídicamente como demandante si ello le

<sup>15</sup> Ver Krista Singleton-Cambage, *International Legal Sources and Global Environmental Crisis: The Inadequacy of Principles, Treaties, and Customs*, ILSA J. INT'L & COMP. L., Fall 1995, en 171, 175 (1995). Ver también, Todd Rowe, *Global Technology Protection: Moving Past the Treaty*, 4 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 107, 109 (2000), comentando en la nota 11 que el “diseño y la implementación de Tratados internacionales y acuerdos dentro del marco actual del derecho internacional, también parecen ser inadecuados para combatir la crisis global de la degradación ambiental”.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Berwick, *supra* nota 13, p. 264.

<sup>18</sup> Barry E. Carter y Philip R. Trimble, *INTERNATIONAL LAW* 1086, (3<sup>rd</sup> ed., 1999).

<sup>19</sup> Ver *infra* 3.1.

<sup>20</sup> Ver Sean D. Murphy, *Prospective Liability Regimes for the Transboundary Movement of Hazardous Wastes*, 88 AM. J. INT'L L. 24, 38 (1994). La Corte de Justicia Internacional en la Haya ha sido llamada a entender de casos de daños ambientales, y en 1997 dio una decisión en un pleito entre Hungría y Checoslovaquia sobre un proyecto de construcción de una represa a lo largo del Río Danubio (Gabcikovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slov.), 1997 I.C.J. 7 (Sept. 25)). Ver Sean D. Murphy, *Does the World Need a New International Environmental Court?* 32 GEO. WASH. J. INT'L L. & ECON. 333, 334 (2000).

<sup>21</sup> Ver *id.* p. 38 y ss.

coloca en una posición de conflicto de intereses, ya sea porque puede tener ciertos intereses comunes con el demandante, o por que pueden surgir dificultades cuando actúe como autoridad gubernamental<sup>22</sup>.

La variedad de normas sustantivas de responsabilidad en los diferentes sistemas nacionales conduce a resultados injustos e impredecibles<sup>23</sup>. “Diferentes estándares de responsabilidad, carga de la prueba y compensación son aplicables a la responsabilidad civil internacional”<sup>24</sup>.

Las obligaciones estatales y la responsabilidad civil internacional se verán afectadas y variarán dependiendo del tipo de responsabilidad que el Tribunal aplique. Un Tribunal puede aplicar una responsabilidad estricta, esto es, una responsabilidad basada en hechos objetivos del daño, con algunas excepciones y limitaciones. O el Tribunal puede aplicar una responsabilidad absoluta, esto es una responsabilidad estricta sin excepciones; o puede aplicar un estándar basado en la falta, tal como negligencia<sup>25</sup>.

También existen otros problemas como el de jurisdicción, el de libertad para elegir qué tipo de acción se inicia o que ley se aplica, el problema de inmunidad soberana, de legitimación y de exigibilidad de las decisiones extranjeras<sup>26</sup>. Un Tribunal tiene varias opciones para aplicar el tipo de ley que quiera. Puede escoger entre aplicar la ley de aquel país en el cual la contaminación fue producida, o aplicar la ley del país donde la polución fue emitida, o aplicar la ley del país donde el daño ocurrió, o la ley más favorable a demandante, o la ley del foro<sup>27</sup>.

Las normas sobre jurisdicción y reglas de aplicación de la ley son tan variadas que hacen que los derechos del demandante y la compensación dependan de eventos fortuitos. Por otra parte, donde sólo un Tribunal tiene jurisdicción, ese determinado Tribunal puede no permitir la compensación, es decir, que una vez más depende del tipo de ley que se aplicó<sup>28</sup>. De otra manera, cuando distintos Tribunales tienen jurisdicción, el demandante puede escoger la responsabilidad y la ley que más le favorezca.

<sup>22</sup> Ver *id.* p. 39.

<sup>23</sup> Ver Alfred Rest, University of Cologne, *Internacional Environmental Law in German Courts*, en [http://www.google.com/search?q=caché:LMP8MXU\\_h6o:www.xcom.it/icef/abstracts/rest2.html+internacional+environmental+courts&hl=en](http://www.google.com/search?q=caché:LMP8MXU_h6o:www.xcom.it/icef/abstracts/rest2.html+internacional+environmental+courts&hl=en). Rest describe la forma en que las Cortes Alemanas en casos transfronterizos han manifestado que los derechos del individuo lesionado no están todavía lo suficientemente protegidos por dichas Cortes Alemanas. Rest explica que la razón es porque allí hay varios campos de derecho, especialmente derecho privado, que protege los intereses de las personas privadas y de los bienes “comunes”. Otra razón es que no existe una posibilidad de actuación de grupos de ciudadanos para la protección ambiental en forma de “class action”. Por último, siguiendo la ley federal, los órganos estatales rehúsan ejercitar acciones para la protección del medio ambiente en la forma de demanda fiduciaria. Si el causante del daño es un Organismo extranjero estatal, o si éste está relacionado indirectamente —como por ejemplo que el Estado haya otorgado autorización o no pudo controlar la actividad privada— el Estado paraliza la presentación de la demanda en el Tribunal internacional (ICJ) o en los Tribunales nacionales por razones políticas.

<sup>24</sup> Berwick, *supra* nota 13, p. 259.

<sup>25</sup> Ver Vicuna, *supra* nota 14, p. 286; Peter Wetterstein, *Carriage of Hazardous Cargoes By Sea-The HNS Convention*, 26 GA. J. INT'L & COMP. L. 595 (1997).

<sup>26</sup> Ver Mary Ellen O'Connell, *Enforcement and the Success of International Environmental Law*, 3 IND. J. GLOBAL LEG. STUD. 47, 59-62 (1995); Murphy, *supra* nota 20, pp. 39-40. Para una información general y comprensiva de mecanismos actuales de aplicación para vencer los desafíos de jurisdicción, ver Johanna Rinceanu, *Enforcement Mechanisms in International Environmental Law: Quo Vadunt? Homo Sanus in Natura Sana*, 15 J. ENVTL. L. & LITIG. 147 (2000).

<sup>27</sup> Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 39.

<sup>28</sup> Ver *id.* p. 40.

Con fundamento en el *forum non conveniens* un Tribunal con competencia podría rehusar la admisión de una causa si encontrara que el foro es inconveniente para los litigantes o testigos,<sup>29</sup> o porque careciere de suficiente competencia en relación al caso<sup>30</sup>. Los Tribunales de algunos países no aplicarán el derecho internacional debido al *forum non conveniens*<sup>31</sup>.

Estos Tribunales justifican la no-aplicación argumentando que no aplican normas de derecho internacional o por que dichos casos tienen que ver con las relaciones diplomáticas entre países y, por consiguiente, son casos netamente políticos para ser decididos por los Tribunales<sup>32</sup>. También, algunos Tribunales en ciertos países no reconocen que los individuos tienen legitimación para demandar. Esta legitimación implica el derecho a demandar o pedir el cumplimiento de un derecho u obligación<sup>33</sup> por violación al derecho internacional<sup>34</sup>.

Los Tribunales nacionales están también limitados por la doctrina de la inmunidad soberana. Bajo esta doctrina, ningún Estado no puede ser objeto de un proceso judicial por parte de otro Estado, donde la responsabilidad estatal es parte de la acción o está en disputa<sup>35</sup>. Aún cuando la extensa gama de inmunidad soberana ha sido reducida para evitar injusticias, particularmente cuando un foro considera la responsabilidad del Estado en el cual se encuentra, dicho foro en ese determinado Estado sería diplomáticamente insignificante<sup>36</sup>.

Un demandante que obtiene un fallo favorable puede tener dificultad para exigir su cumplimiento. Existen varias razones para ello:

1. porque el demandado no tiene bienes en el país del foro<sup>37</sup>,
2. porque el Estado encargado de ejecutar el fallo pronunciado por otro Estado puede negarse a hacerlo por falta de reciprocidad,
3. porque el Tribunal carece de jurisdicción, y
4. porque se determina que la decisión se obtuvo con fraude, o
5. porque el fallo es contrario a la moral pública<sup>38</sup>.

Es aún más preocupante la insuficiencia e ineficiencia del sistema existente para proteger cualquier interés común o mundial; esto es, las áreas del globo que no están dentro de la jurisdicción o circunscripción de ningún país u organización<sup>39</sup>. Dicha

<sup>29</sup> Ver Rinceanu, *supra* nota 26, p. 154.

<sup>30</sup> Ver O'Connell, *supra* nota 26, p. 61.

<sup>31</sup> En el caso *Sequihua v. Texaco*, 847 F. Supp. 61 (S.D. Tex. 1994) algunos ciudadanos del Ecuador demandaron en Estados Unidos a Texaco por varios daños ocasionados por una contaminación del aire, suelo y agua. El Tribunal desestimó la demanda por "forum of non convenience".

<sup>32</sup> Ver *id.* pp. 61-62.

<sup>33</sup> Ver BLACK'S LAW DICTIONARY 1413 (7<sup>th</sup> ed. 1999).

<sup>34</sup> Ver O'Connell, *supra* nota 26, p. 61.

<sup>35</sup> Ver *id.* p. 59.

<sup>36</sup> Ver *id.* p. 60.

<sup>37</sup> Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 39.

<sup>38</sup> Ver *id.* p. 40.

<sup>39</sup> Ver Willam Beardslee, *International Law & the Environment: The Need for an Aggregate Organization*, 5 DET. C. L.J. INT'L L. & PRAC. 379, 385 (1996). Cobrar un impuesto a las naciones que ocasionan polución es una de las ideas que han surgido para proteger mejor el interés común global. Sin embargo, como comenta Barret, un "impuesto de polución potencialmente va más allá de tener únicamente efectos extraterritoriales y supuestamente dentro del área de interferencia con el derecho soberano de otras naciones para establecer sus propias políticas ambientales". Ver John A. Barrett, *The Global Environment and Free Trade: A Vexing Problem and a Taxing Solution*, 76 IND. L.J. 829, 875 (2001).

falta de protección se debe a que ningún país puede establecer jurisdicción sobre ningún interés mundial. Consecuentemente, éstos son los menos protegidos bajo el régimen vigente<sup>40</sup>.

Ello sucede cuando se produce un daño al ambiente sobre cualquier interés común o mundial, ya sea en alta mar o en la estratosfera. A quien trate de demandar en nombre del interés común no se le permite hacerlo por carecer de legitimación<sup>41</sup>. Aún cuando se ha establecido en algunos Tratados, aún no existe un procedimiento específico que responda a la contaminación y daño a estos bienes comunes<sup>42</sup>.

### 3.2. La Convención Medioambiental Nórdica de 1974

La Convención de 19 de febrero de 1974 sobre la Protección del Ambiente suscrita entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia<sup>43</sup>, es un Tratado limitado en su tratamiento de los problemas procedimentales anteriormente descritos, en enfoques de litigio tradicional para remediar los daños ambientales transfronterizos, esto es de los daños de un territorio a otro<sup>44</sup>. En vez de establecer parámetros sustantivos para que los Tribunales los apliquen, la Convención Nórdica busca eliminar dificultades, entre otros, en los casos de, ejecución, jurisdicción, *forum non conveniens*, legitimación de las decisiones extranjeras, y legitimación para demandar<sup>45</sup>. Esta Convención obliga a las partes a informar a los países vecinos que podrían ser afectados por impactos negativos de una actividad actual o futura.

Bajo las normas de la Convención Nórdica, cualquier ciudadano que ha sido o pueda ser afectado por cualquier molestia ocasionada por actividades ambientalmente dañinas causadas en otro Estado contratante, puede plantear en el Tribunal adecuado de ese Estado el tema de la permisibilidad, incluyendo medidas para prevenir el daño, y apelar como cualquier otra entidad legal apelaría en ese Estado<sup>46</sup>. Asimismo, una persona afectada puede obtener compensación en el Tribunal apropiado del Estado donde la actividad ocurrió<sup>47</sup>. En vez de decidir la compensación con la aplicación de la norma del Estado donde se ocasionaron los daños, la amigable regla que el demandante tiene de escoger la ley que se aplicará al caso, impide que el tema de compensación sea decidido de acuerdo a la norma de derecho menos favorable al demandante<sup>48</sup>.

<sup>40</sup> Ver Francis D. P. Situma, *The Efficiency of International Environmental Law: A Personal Reflection*, ILSA J. INT'L & COMP. L., Fall 1995, en 61, 87; Singleton-Cabbage, *supra* nota 15, p. 176.

<sup>41</sup> Ver Bearslee, *supra* nota 39, p. 386. Varios países tienen reglas a través de las cuales sólo permiten demandar a las partes dañadas o lesionadas. Ver O'Connell, *supra* nota 26, p. 61.

<sup>42</sup> Ver Singleton-Cabbage, *supra* nota 15, p. 177.

<sup>43</sup> Concluido en Estocolmo en 9 de febrero de 1974. Entró en vigor el 5 de octubre de 1976. 1092 U.N.T.S. 279; reimprimido en 13 I.L.M. 591 (1974) (de aquí en adelante "Convención Nórdica"), y en <http://sedac.ciesin.org/entri/texts/acrc/Nordic.txt.html>.

<sup>44</sup> Ver *supra* en 3.1; Murphy, *supra* nota 20, p. 47; Situma, *supra* nota 40, p. 96. Ver la Convención completa en <http://216.239.51.100/search?q=caché:FtSJRWZITwAC:sedac.ciesin.org/entri/texts/acrc/Nordic.txt.html+nordic+convention+1974&hl=en&ie=UTF-8>.

<sup>45</sup> Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 47.

<sup>46</sup> Ver Convención Nórdica, *supra* nota 44, art. 3.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

### **3.3. La Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños de Polución causados por el Petróleo, 1969**

La Convención de Responsabilidad Civil por daño y Polución del Petróleo fue firmada en Bruselas el 29 de noviembre de 1969<sup>49</sup>. Los países firmantes, conscientes del peligro de polución que representa el transporte mundial del petróleo, adoptan unas normas y procedimientos internacionales uniformes para determinar las cuestiones de responsabilidad. En la Convención tratan de asegurar una compensación adecuada a los que sufren daños causados por la polución a consecuencia de escapes o descargas de barcos<sup>50</sup>.

Éste es un acuerdo que cubre daños ocasionados dentro del territorio de un país contratante o mar territorial por sustancias descargadas por las grandes embarcaciones que transportan petróleo<sup>51</sup>. Esta Convención es menos compleja que la Convención Nórdica, porque se aplica a un solo tipo de daño ambiental; solamente es aplicable a los grandes barcos que han derramado Petróleo. También es mucho más amplia que la Convención Nórdica, porque incluye pérdidas de petróleo en general y no se limita a determinados países. Además de que cubre asuntos relacionados con procedimientos como jurisdicción y ejecución de sentencias pronunciadas por Tribunales extranjeros, también prevé una responsabilidad estandarizada y otros requerimientos tales como seguros obligatorios<sup>52</sup>.

Salvo algunas excepciones, los propietarios de los petroleros son estrictamente responsables por cualquier daño causado dentro del territorio o del mar territorial del Estado en litigio, pero no por daño en alta mar<sup>53</sup>. Cuando más de una embarcación es responsable, las partes pueden responder conjunta o individualmente<sup>54</sup>. Según esta Convención del Petróleo, las acciones para la compensación sólo pueden ser interpuestas ante los Tribunales de cualquier Estado o los Estados contratantes<sup>55</sup>.

Algunos Tratados han creado un fondo monetario para proporcionar ayuda a los demandantes. Este fondo proporciona una compensación cuando las partes

---

<sup>49</sup> Bruselas, 29 noviembre de 1969, 973 U.N.T.S. 3, 9 I.L.M. 45 (1970), y <http://sedac.ciesin.org/pidb/texts/civil.liability.oil.pollution.damage.1969.html>, (de aquí en adelante Convención de Petróleo de 1969), enmendado por el Protocolo de 1976, ver <http://www.antcr.utas.edu.au/opor/Treaties/76clopp.html>, y por el Protocolo de 1984, ver <http://www.antcr.utas.edu.au/opor/Treaties/84clopp.html>, remplazado por el Protocolo de 1992, ver <http://www.jus.uio.no/lm/pdf/imo.civil.liability.oil.pollution.damage.protocol.1992.pdf>, y enmendado en 2000. Para un resumen del protocolo y de las enmiendas del 2000, ver [http://www.imo.org/Conventions/contents.asp?topic\\_id=256&doc\\_id=660#4](http://www.imo.org/Conventions/contents.asp?topic_id=256&doc_id=660#4). Hay 71 países miembros. Los EE.UU. no es miembro. Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 50, n. 112.

<sup>50</sup> La convención se encuentra en <http://216.239.51.100/search?q=caché:K7ZILggzYUgC:sedac.ciesin.org/pidb/texts/civil.liability.oil.pollution.damage.1969.html+oil+convention+1969&hl=en&ie=UTF-8>.

<sup>51</sup> Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 49.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Ver Situma, *supra* nota 40, pp. 92-93.

<sup>54</sup> Ver IMO Protocol de 1992, *supra* nota 49, art. 5 (que reemplazó la redacción del artículo 4 de la Convención de 1969), estableciendo que en caso de un accidente ambiental “los dueños de todos los barcos implicados, a menos que sean exonerados en virtud del Artículo 3, deberán ser colectivos y respectivamente responsables por todo el daño que no sea razonable”.

<sup>55</sup> Ver IMO Protocolo de 1992, *supra* nota 49, artículo 8.

responsables no pueden ser identificadas o no se puede lograr una resolución adecuada del caso, o ante la imposibilidad de una total compensación por los daños<sup>56</sup>.

La Convención Internacional de 1971 sobre el Establecimiento de un Fondo Internacional para Compensar los Daños ocasionados por la Polución del Petróleo<sup>57</sup>, prevé la reparación de esos daños cuando la protección establecida por la Convención de 1969 es inadecuada o insuficiente<sup>58</sup>. Con base en la Convención de 1969 y sujetos a limitaciones, dichos fondos compensarán a las víctimas que no pudieron lograr una completa y adecuada indemnización porque 1) no surgió ningún tipo de responsabilidad bajo la Convención, 2) el propietario de la embarcación resultó económicamente incapaz de cumplir con la sentencia, o 3) los daños excedieron de su capacidad para responder<sup>59</sup>.

El Fondo está formado por contribuciones de las partes que reciben crudo proveniente del mar y petróleo pesado en exceso de 150.000 toneladas al año; de esta forma se trasladan algunos riesgos de transportistas a destinatarios<sup>60</sup>. Asimismo, el Fondo es legalmente capaz de demandar o ser demandado en los Tribunales nacionales de los miembros; en este sentido, la demanda puede ser dirigida contra la parte responsable y, al mismo tiempo, el Fondo puede interponer una demanda contra el dueño del barco a fin de recobrar la pérdida ocasionada<sup>61</sup>. Debido a la simplicidad administrativa, el Fondo ha realizado compensaciones prontas y adecuadas, atribuyéndosele al mismo absoluto éxito<sup>62</sup>.

### **3.4. La Convención de Viena sobre la Responsabilidad Civil por Daño Nuclear**

La Convención de 31 de mayo de 1963 fue enmendada por el Protocolo firmado en Viena el 12 de septiembre de 1997<sup>63</sup>. La enmienda se efectuó para ofrecer una cobertura más amplia, aumentar la responsabilidad del operador de instalaciones nucleares e incrementar los medios para asegurar una adecuada y justa compensación<sup>64</sup>.

<sup>56</sup> Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 57.

<sup>57</sup> Londres, 27 noviembre de 1992. Entró en vigor el día 30 de mayo de 1996. Reimprimida en Civil Liability for Oil Pollution Damage, en 67 (IMO 1996) & 5 Weston V.F. 30 (de aquí en adelante Fondo de Polución de Petróleo). Hay 51 estados miembros a la convención desde el 1 de mayo de 1999; ver el Anuario de la Cooperación Internacional en el Ambiente y el Desarrollo 1999/2000, en <http://www.ngo.grida.no/ggynet/agree/mar-env/1971fund.htm>. Los Estados Unidos han firmado, pero aún no han ratificado, aceptado, ni aprobado la Convención.

<sup>58</sup> Fondo de Polución de Petróleo, *supra* nota anterior, art. 2.

<sup>59</sup> *Ibid*, art. 4.

<sup>60</sup> *Ibid*, art. 10; Murphy, *supra* nota 20, p. 57.

<sup>61</sup> Ver Fondo de Polución, *supra* nota 57, arts. 7, 10; Murphy, *supra* nota 20, p. 57.

<sup>62</sup> Ver Wettersetin, *supra* nota 25, p. 599.

<sup>63</sup> El Protocolo se encuentra en <http://www.iaea.or.at/worldatom/Documents/Legal/protamend.shtml>.

<sup>64</sup> Viena, 21 de mayo de 1963 (Convención original) y 12 de septiembre de 1997 (Protocolo enmendado). La Convención entra en vigor el 12 de noviembre de 1977. El Protocolo enmendado no ha entrado aún en vigor. 1063 U.N.T.S. 265, IAEA INFCIRC 500 (1996) (original), reimprimido en 27 I.L.M. 727 (1963) y 5 Weston V.J.3ñ protocolo reimprimido en 36 I.L.M. 1462 (1997) (de aquí en adelante Convención de Viena), y en <http://www.iaea.or.at/worldatom/Documents/Legal/protamend.shtml>. Actualmente 15 naciones son miembros del régimen (los Estados Unidos no son miembro), ver <http://www.iaea.or.at/worldatom/Documents/Legal/protamend.shtml>.

Esta Convención convierte a un operador de una instalación nuclear, usada con fines pacíficos, en estrictamente responsable por los daños producidos por un incidente nuclear<sup>65</sup>.

La Convención cubre daños nucleares que incluyen los daños a las personas, a la propiedad, así como también el costo para rehabilitar el medio ambiente, donde haya ocurrido<sup>66</sup> el daño, aún cuando el Estado donde opere la planta nuclear excluya daños sufridos en un Estado no parte de la Convención<sup>67</sup>. En ocasiones en las que más de un operador es responsable del daño, ambos podrán responder conjunta e individualmente<sup>68</sup>.

El Estado donde se encuentre ubicada la instalación nuclear podrá limitar la responsabilidad del operador siempre y cuando aquél provea fondos que aseguren la satisfactoria compensación a las víctimas<sup>69</sup>. De todas maneras, el operador debe tener algún tipo de seguro que cubra dicha responsabilidad<sup>70</sup>. La jurisdicción corresponderá a los Tribunales del Estado donde ocurrió el daño nuclear<sup>71</sup>.

### **3.5. La Convención de Sustancias Nocivas y Peligrosas**

La Convención sobre Responsabilidad y Compensación de Daños relativa al Transporte de Sustancias Nocivas y Peligrosas a través del Mar fue adoptada el 3 de mayo de 1996 por la Organización Marítima Internacional<sup>72</sup>. Fue principalmente creada para asegurar los intereses de los demandantes, que como resultado de la adhesión a las leyes nacionales con diferentes normas respecto a la responsabilidad, eran frecuentemente privados de compensación adecuada a la vista del inmenso daño ocurrido algunas veces en el transporte de cargas nocivas<sup>73</sup>. Como tal, dicha Convención refuerza la posición de los demandantes al establecer “estricta responsabilidad de los propietarios de barcos y cargamentos, límites de responsabilidad más altos que el de los regímenes presentes con limitaciones generales, y un sistema de seguro forzoso (u otra garantía financiera) y certificado de seguro”<sup>74</sup>.

La Convención también incluye las demandas en sí por daño al ambiente, aún cuando el derecho a la compensación es limitado al costo de medidas razonables que restauren el área afectada<sup>75</sup>.

Quedan sin resolver los problemas complicados de cálculo compensatorio, el de responsabilidad del dueño del barco donde una restauración del daño es imposible, así como también el tema de quién tiene legitimación para demandar<sup>76</sup>.

---

<sup>65</sup> Ver Convención de Viena, *supra* nota 64, art. II.1.

<sup>66</sup> *Ibid.*, en art. I (k).

<sup>67</sup> *Ibid.*, art. IA.

<sup>68</sup> *Ibid.*, art. II.

<sup>69</sup> *Ibid.*, art. V.

<sup>70</sup> *Ibid.*, art. VII.

<sup>71</sup> *Ibid.*, art. XI.

<sup>72</sup> Ver Acto final de la Conferencia Internacional Sobre las Sustancias Nocivas y Peligrosas y Limitación de Responsabilidad del 2 de mayo de 1996, 35 I.L.M. 1406 (de aquí en adelante, Convención de Sustancias Nocivas). Wetterstein, *supra* nota 25, p. 595 y ss. (1997).

<sup>73</sup> Ver Wetterstein, *supra* nota 25, p. 596 y ss.

<sup>74</sup> Convención de Sustancias Nocivas, *supra* nota 72, art. 7.2; Wetterstein, *supra* nota 25, p. 606 y ss.

<sup>75</sup> Ver Wetterstein, *supra* nota 25, p. 603.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 603 y ss.



Los demandantes potenciales aún tienen que consultar normas nacionales de derecho para determinar su legitimación para demandar (especialmente cuando el daño ocurre en áreas públicas) y la magnitud de la responsabilidad por la pérdida económica, esto es, cuestiones de causa próxima y remota<sup>77</sup>.

En el régimen de transportistas de petróleo, está previsto que los propietarios de barcos y cargamentos queden exentos de responsabilidad cuando el daño es ocasionado como resultado de actos de guerra o fenómenos naturales. Sin embargo, en caso de fenómenos naturales, el Fondo puede resultar responsable<sup>78</sup>. El propietario se encuentra exento de responsabilidad si prueba que “el daño fue totalmente causado por negligencia o cualquier otra conducta ilegal de un Estado o autoridad responsable del mantenimiento de iluminación u otro tipo de seguridad o ayuda en la navegación, y en el ejercicio de tal función”<sup>79</sup>.

Frente a lo señalado en la Convención de Petróleo, el propietario del barco puede evitar su responsabilidad si prueba que alguien, como el transportista, no le ha informado de la naturaleza nociva y contaminante del cargamento, y que esta falta de información causó el daño u ocasionó que el propietario no obtuviera un seguro; sólo queda exento el transportista si no conoció, o no pudo razonablemente haber conocido la naturaleza peligrosa del cargamento<sup>80</sup>.

El éxito de la Convención sobre Sustancias Nocivas y Peligrosas “depende en las adecuadas cantidades indemnizadas y de que la administración del sistema no sea muy compleja o inmanejable, especialmente en relación a la obligación de informar que se les impuso a los receptores de los transportistas de la Convención”<sup>81</sup>. Como tal, la Convención incorpora un Fondo Internacional de Sustancias Nocivas y Peligrosas (el Fondo), similar al Fondo de Polución de Petróleo<sup>82</sup>. Un demandante es compensado por el Fondo en el caso de que los daños excedan la cantidad indemnizatoria impuesta al propietario; la no-responsabilidad surge entonces para el propietario<sup>83</sup>. El Fondo está compuesto por contribuciones de compañías en los Estados contratantes que reciben una mínima cantidad de cargamento de dicha Convención, la cual es determinada por la cantidad total de demandas presentadas ante el Fondo en el año anterior, y de acuerdo a la cantidad de carga que esas compañías recibieron del Fondo ese año<sup>84</sup>.

Al igual que ocurre en el Fondo de la Convención de Polución del Petróleo, imponerle a los receptores de sustancias pertenecientes a la Convención de Sustancias Nocivas el sostenimiento de los fondos de la Convención de Sustancia Nocivas resuelve en parte el riesgo de los propietarios<sup>85</sup>.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 601 y ss.

<sup>78</sup> Ver Convención de Sustancias Nocivas, *supra* nota 72, art. 7.2, Wetterstein, *supra* nota 25, p. 606 y ss.

<sup>79</sup> Wetterstein, *supra* nota 25, p. 606. Ver también Convención de Sustancias Nocivas, *supra* nota 72, art. 7.2.

<sup>80</sup> Ver Convención de Sustancias Nocivas, *supra* nota 72, art. 7.2.d), Wetterstein, *supra* nota 25, p. 607.

<sup>81</sup> Ver Wetterstein, *supra* nota 25, p. 613.

<sup>82</sup> Ver Convención de Sustancias Nocivas, *supra* nota 72, arts. 16-19, Wetterstein, *supra* nota 25, p. 599.

<sup>83</sup> Ver Wetterstein, *supra* nota 25, p. 598.

<sup>84</sup> Ver Convención de Sustancias Nocivas, *supra* nota 72, en arts. 16-19, Wetterstein, *supra* nota 25, p. 599.

<sup>85</sup> Ver *supra* nota 72.

### **3.6. El proceso de elaboración del Tratado**

Los Tratados sobre el medio ambiente pueden ser una manera efectiva de armonizar la ley y proteger a los demandantes en un sector en particular. Se debe indicar que los demandantes no siempre son los únicos que se benefician. Los Tratados son generalmente un adelanto para los futuros demandantes, porque establecen una regla sobre indemnización que es unificada e internacional<sup>86</sup>. Dada la naturaleza internacional de, por ejemplo, los accidentes de que trata la Convención de Sustancias Nocivas y Peligrosas, normas nacionales y regionales en conflicto pueden producir desventajas a todas las partes involucradas<sup>87</sup>.

Sin embargo, la formación de Tratados en Derecho ambiental internacional se ha llevado a cabo por etapas. Ello los ha convertido en un conjunto de leyes formado por otra serie de fragmentos de ley, conduciendo a defectos en el sistema actual, y a la urgente necesidad de organizar las normas en forma centralizada y coordinada<sup>88</sup>. La tardía ratificación de los procesos, la inhabilidad de recurrir a un solo Tratado que pueda resolver eficazmente el conflicto, y la inconsistencia de los mismos, generan una inefectiva implementación de las prácticas generales<sup>89</sup>.

Debido a los conflictos por los intereses nacionales de los diferentes Estados, la elaboración de un Tratado ha sido, en general, tardía y no prevé soluciones a los problemas que pretende resolver el ambiente mundial<sup>90</sup>. Esto se refleja en la preferencia por adoptar resoluciones no obligatorias o recomendaciones que conducen a un lento proceso de elaboración de normas de Derecho internacional<sup>91</sup>. Como tal, es necesario tomar medidas que deben ser elaboradas para involucrar como parte a entidades no-gubernamentales, ya sean ellas u otras organizaciones las que actualmente polucionan el ambiente<sup>92</sup>.

## **4. Iniciativas de Instituciones internacionales**

### **4.1. Resolución del Instituto de Derecho Internacional**

El 4 de septiembre de 1997, el Instituto de Derecho Internacional adoptó una resolución sobre Responsabilidad bajo el Derecho Internacional de Daño al Ambiente<sup>93</sup>. Dicha Resolución consiste en una serie de indicaciones orientadas a establecer la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho internacional ambiental en general, basado en ideas puestas en práctica y también en algunas nuevas recomendaciones.

---

<sup>86</sup> Ver Wetterstein, *supra* nota 25, p. 597.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Ver Beardslee, *supra* nota 39, p. 384.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 385.

<sup>90</sup> Ver Singleton-Cambage, *supra* nota 15, p. 180.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>93</sup> Sesión de Estrasburgo (Francisco Orrego Vicuna, *supra* nota 14, en rapporteur), accesible en 1998 *Focus Issue: Resolution On Responsibility And Liability: Responsibility and Liability Under International Law for Environmental Damage Resolution adopted on September 4 de 1997*, 10 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 269 (1998) (de aquí en adelante, "Resolución ILI").

El Instituto reconoce el logro de un régimen de responsabilidad que satisfactoriamente indemnice a la parte demandante, sin ignorar que el Estado no puede esperar que la responsabilidad recaiga en la parte privada solamente<sup>94</sup>. Con este fin, la Resolución del Instituto “prevé un esquema de dos etapas en el ámbito de responsabilidad”<sup>95</sup>: la responsabilidad primaria por daños al ambiente debería ser asignada a los operadores en el sector privado, y la responsabilidad estricta al Estado que actúa como operador<sup>96</sup>. Así, cuando el operador, primario responsable, no puede completamente satisfacer la condena, el Estado automáticamente se convierte en responsable subsidiario<sup>97</sup>.

Mas allá de la responsabilidad subsidiaria del Estado en caso de responsabilidad del operador, la Resolución del Instituto requiere que la responsabilidad estatal se determine de acuerdo con el Derecho internacional para crear y aplicar regímenes nacionales regulatorios<sup>98</sup>. El incumplimiento de dicha obligación, ya sea por falta de satisfacción o por responsabilidad estricta, provoca la responsabilidad estatal a la parte lesionada<sup>99</sup>.

Teniendo en mente la responsabilidad estatal, el Instituto le permitiría a un operador privado ser eximido de responsabilidad, si éste observara “las reglas domésticas y los parámetros y controles gubernamentales” en el momento en que causó el daño ambiental<sup>100</sup>. Sin embargo, tal situación no dejaría a la parte afectada sin ningún tipo de recurso<sup>101</sup>. Al contrario, el Estado con jurisdicción regulatoria sobre el operador podría ser obligado a indemnizar por incumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el Derecho internacional o puede ser obligado en responsabilidad estricta<sup>102</sup>.

La Resolución del Instituto, reconociendo una tendencia en la práctica internacional, incorpora la responsabilidad estricta<sup>103</sup>. Sin embargo, las normas no necesitarían ser forzadas para determinar qué Estado tiene jurisdicción sobre determinado operador, y es, en consecuencia, subsidiariamente responsable de los daños ambientales del operador<sup>104</sup>. Una vez más, el problema para determinar la jurisdicción sobre los operadores requeriría acuerdos internacionales sobre reglas básicas de jurisdicción. Importantes negociaciones diplomáticas hacen falta, especialmente cuando estos problemas afectan a la soberanía entre las naciones y conllevan cantidades de pagos altos de dinero, en particular entre países desarrollados.

El Instituto cree que la existencia de un seguro obligatorio es crítica<sup>105</sup>. Se concreta en la responsabilidad estricta porque va dirigido a accidentes imprevisibles.

<sup>94</sup> Ver Vicuna, *supra* nota 14, p. 287.

<sup>95</sup> Berwick, *supra* nota 13, p. 259.

<sup>96</sup> Ver Resolución ILI, *supra* nota 93, en arts. 5, 6.

<sup>97</sup> *Ibid.*, art. 8.

<sup>98</sup> *Ibid.*, arts. 1, 3, 4.

<sup>99</sup> *Ibid.*, art. 1.

<sup>100</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>101</sup> *Ibid.*, ver también Vicuna, *supra* nota 14, p. 288.

<sup>102</sup> Ver Resolución ILI, *supra* nota 93, arts. 1, 3, 4, 6; Vicuna, *supra* nota 14, p. 288.

<sup>103</sup> Ver Vicuna, *supra* nota 14, p. 286.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>105</sup> Ver Resolución ILI, *supra* nota 93, art. 10; Vicuna, *supra* nota 14, p. 289.

La absoluta responsabilidad es demasiado extensa para ser asegurada<sup>106</sup>. Sin embargo, de acuerdo con la Resolución, para que un seguro sea efectivo y adecuado, también debe cubrirla cuando los accidentes son previsibles, por ejemplo, cuando los operadores son negligentes<sup>107</sup>.

También se reconoce como esencial la responsabilidad mancomunada y solidaria para cubrir daños en casos en que varias partes son responsables<sup>108</sup>. La Resolución, asimismo, permite una revisión periódica de los “límites razonables” sobre responsabilidad en el sector privado, en los que haya incurrido algún tipo de exceso pagado por las compañías de seguro o con los fondos ambientales<sup>109</sup>.

#### **4.2. La Organización Mundial del Comercio (WTO)**

Algunos autores han propuesto la idea de incorporar un régimen de derecho ambiental internacional en dicha Organización. La WTO, que fu creada para nivelar el campo de juego para el comercio internacional, interviene cuando los Estados tienen estándares ambientales inequitativos y desiguales<sup>110</sup>. Los defensores de una participación más agresiva por parte de la WTO en el sistema ambiental sostienen que, a pesar de la presencia de fuerzas políticas poderosas opuestas a la incorporación de metas ambientales dentro de la WTO, la íntima relación entre el medio ambiente y el comercio económico demanda un papel más activo de la WTO<sup>111</sup>.

En ese tipo de sistema, la Organización como tal, podría operar para frenar la común práctica de los países en desarrollo de minimizar sus normas ambientales y así ganar competitividad con respecto a los otros países<sup>112</sup>. Estos mismos países también presentan el clásico problema de “la montada gratis,” en el sentido de que si ellos no son obligados a incrementar sus normas ambientales, estos países resistirán cualquier participación en movimientos ambientales que están mejor organizados en los países más desarrollados, y en los cuales no son obligados a tomar parte los países en vía de desarrollo<sup>113</sup>.

Sin embargo, la WTO es una Organización con suficiente independencia para inducir a países a cumplir con los estándares ambientales, incluyendo normas de responsabilidad civil, y el riesgo de perder beneficios obtenidos como Estado firmante de la Organización<sup>114</sup>. Realmente la oposición de los países en desarrollo a la inclusión de la Organización en asuntos ambientales, es indicativa del papel que la WTO puede tener como vehículo para la adaptación de un régimen uniforme a nivel ambiental<sup>115</sup>.

---

<sup>106</sup> Ver Vicuna, en *supra* nota 14, p. 290.

<sup>107</sup> Ver Resolución ILI, *supra* nota 93, art. 10; Vicuna, *supra* nota 14, p. 290.

<sup>108</sup> Ver Resolución ILI, *supra* nota 93, art. 11; Vicuna, *supra* nota 14, p. 290.

<sup>109</sup> Ver Resolución ILI, *supra* nota 93, art. 10; Vicuna, *supra* nota 14, p. 289.

<sup>110</sup> Ver Andrew L. Strauss, *The Case for Utilizing the WTO As a Forum for Global Environmental Regulation*, 3 WID. L. SYMP. J. 309, 314 (1998).

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 313 y ss.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 316 y ss.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 317 y ss.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 319 y ss.

La Organización, que es única en el sentido de que ha producido grandes decisiones y mecanismos coercitivos, podría ejercer una gran influencia hacia la armonización de las normas domésticas de responsabilidad civil o a la adherencia a acuerdos internacionales que pudiesen realizarse en el futuro<sup>116</sup>. El sistema de la WTO cuenta con un mecanismo de sanción que establece que si una de las partes incumple sus normas y no remedia la situación, la parte ganadora puede retirar las concesiones dadas<sup>117</sup>.

Sin embargo, consideraciones políticas hacen que la incorporación de asuntos ambientales en la Organización sea poco probable debido a las inquietudes de los países en vías de desarrollo que argumentan que dichas incorporaciones son sólo protecciones comerciales encubiertas<sup>118</sup>. Estos países conciben la destrucción ambiental como un arma para competir en contra de los países desarrollados<sup>119</sup>. Más aún, una enmienda a la WTO requiere el consentimiento de las dos terceras partes, en su mayor parte países en desarrollo, para que dicha regulación sea incorporada a sus leyes internas<sup>120</sup>.

### 4.3. Organización Global del Medio Ambiente

Una poderosa organización Global del Medio Ambiente puede ser una mejor opción a la vista de la fuerte oposición política de convertir a la WTO en el policía ambiental. “En ausencia de un legislador ambiental que tenga en cuenta todos los beneficiarios y los pagadores de probable intervención por polución, es difícil obtener resultados óptimos”<sup>121</sup>. Actualmente, no existe “una autoridad central que pueda eficazmente evaluar problemas ambientales e implementar soluciones”<sup>122</sup>. El Programa Ambiental de las Naciones Unidas (UNEP) aunque es central por naturaleza, es inefectivo<sup>123</sup>.

La Organización Global del Ambiente podrá ser creada a partir de la consolidación y eliminación de varios grupos de las Naciones Unidas que actualmente trabajan dispersamente en temas del medio ambiente; ello para que dicha Organización ambiental resultase flexible y pudiese centrarse en los desafíos internacionales en relación al medio ambiente<sup>124</sup>. En términos de responsabilidad civil, dicha Organización podría intentar alcanzar la uniformidad y convergencia de las normas ambientales entre países con similares niveles de desarrollo<sup>125</sup>.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 323.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>118</sup> Ver Annick Emmenegger Brunner, *Conflicts Between International Trade and Multilateral Environmental Agreements*, 1997 GOLDEN GATE U. ANN. SURV. INT'L & COMP. L., Fall 1997, pp. 74 y ss.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Daniel C. Esty, *What is the Most Compelling Environmental Issue Facing the World on the Brink of the Twenty-First Century?: Stepping Up to the Global Environmental Challenge*, 8 FORDHAM ENVTL. L. J. 103, 105 (1996).

<sup>122</sup> Beardslee, *supra* nota 39, pp. 386-87. Para una discusión de la crítica contra la participación de la WTO en resolver disputas medioambientales, ver Kevin C. Kennedy, *Why Multilateralism Matters in Resolving Trade-Environment Disputes*, 7 -SPG WIDENER L. SYMP. J. 31, pp. 32-35 (2001).

<sup>123</sup> Ver Beardslee, *supra* nota 39, p. 386 y ss.

<sup>124</sup> Ver Esty, *supra* nota 121, p. 386 y ss.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 112.

La Organización ambiental podría igualmente funcionar como el único cuerpo encargado de evaluar, implementar y regular el régimen ambiental internacional<sup>126</sup>. Esta Organización también ofrecería un sistema jurisdiccional mediante el cual las partes e individuos que tradicionalmente han carecido de legitimación para demandar internacionalmente lo pudiesen hacer<sup>127</sup>. Esta Organización ambiental no se crearía de la nada, por el contrario, sería el producto de la combinación de varias Organizaciones en una sola, pero con más poderes<sup>128</sup>.

Algunos autores optimistas opinan que “mientras las Organizaciones gubernamentales y no-gubernamentales no estén dispuestas a confrontar dicha invasión en la soberanía, el interés común a obtener sería un factor persuasivo”<sup>129</sup>.

#### **4.4. El Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea**<sup>130</sup>

El Libro Blanco<sup>131</sup> evalúa diferentes opciones de la Comunidad Europea en el ámbito de la responsabilidad ambiental<sup>132</sup>. La Comisión Europea considera como solución idónea la adopción de una Directiva comunitaria que contemple la responsabilidad objetiva, con circunstancias atenuantes, por los daños tradicionales y daños al medio ambiente derivados de actividades peligrosas reguladas por la legislación comunitaria, y que también regule, por otro lado, la responsabilidad basada en la culpa en los casos de daños a la biodiversidad derivados de actividades no peligrosas<sup>133</sup>.

La Comisión ha invitado al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, y a las partes interesadas, a debatir el Libro Blanco y a presentar sus observaciones al respecto<sup>134</sup>. Su aplicación está pendiente de los comentarios de la Dirección General de Medio Ambiente y demás órganos de la Comunidad Europea, pero se espera que en un futuro no muy lejano se obtengan los resultados

---

<sup>126</sup> Ver Beardslee, *supra* nota 39, p. 392.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, p. 397.

<sup>128</sup> *Ibíd.*, p. 393.

<sup>129</sup> *Ibíd.*

<sup>130</sup> Para ver una reciente e importante discusión del Libro Blanco, leer en el mismo lo relativo a la Responsabilidad Civil Ambiental, Bruselas, 9 de febrero de 2000 COM, Manuel García Cobaleda, Revista Mensual de Gestión Ambiental, julio 2000.

<sup>131</sup> El Libro Blanco tiene como antecedente el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico publicado por la Comisión Europea en mayo de 1993; contiene comentarios de los Estados miembros, del Parlamento, la Comisión y el Comité Económico y Social, de la industria, grupos ecologistas, expertos independientes y partes interesadas, y una audiencia pública del Parlamento y la Comisión en común en noviembre 1993. Ver Comisión Europea, *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, 2000, COM (2000 66 final 9 de febrero de 2000), p. 11 y ss.

<sup>132</sup> Ver Comisión Europea, *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*, oficina de publicaciones oficiales de las comunidades europeas, 2000, COM (2000 66 final 9 de febrero de 2000), p. 7.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, p. 14 y ss.

<sup>134</sup> La decisión de publicar un Libro Blanco se produjo después de que el Comité Económico y Social realizó un estudio sobre el Libro Verde, relativo a la reparación del daño ecológico, en el que favoreció la actividad comunitaria en responsabilidad por los daños al medio ambiente. El Dictamen del Comité Económico y Social (CES 226/94) propone que dicha actividad se adopte en forma de una Directiva marco basada en los artículos 174 y 175 del Tratado Común Europeo. Ver Comisión Europea, *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*, oficina de publicaciones oficiales de las comunidades europeas, 2000, COM (2000 66 final 9 de febrero de 2000), p. 12.

de este profundo estudio, que representa un régimen real transfronterizo sobre protección a la salud y al medio ambiente<sup>135</sup>.

#### 4.4.1. Una importante propuesta

El Libro Blanco es el producto del llamamiento hecho por el Parlamento Europeo para establecer propuestas de legislación en materia de responsabilidad ambiental<sup>136</sup>. Dicho Libro establece la estructura de un futuro régimen comunitario de responsabilidad ambiental encaminado a la aplicación del principio de que “quien contamina paga”<sup>137</sup>. Asimismo, describe los principales elementos que harán posible que dicho régimen sea eficaz y viable<sup>138</sup>. El Libro establece la estructura para un futuro régimen comunitario Europeo de responsabilidad ambiental en el que el agente contaminante sea obligado a pagar la reparación de los daños<sup>139</sup>. La reparación no estará limitada a los daños causados a los individuos, los bienes y contaminación de espacios. Dicha reparación también será aplicada “en los casos de deterioro de la naturaleza, en particular cuando se trate de recursos naturales importantes desde el punto de vista de la conservación de la diversidad biológica de la Comunidad”<sup>140</sup>.

El régimen comunitario se justifica por la incapacidad de los regímenes nacionales para tratar por sí solos todos los aspectos relacionados con los daños al medio ambiente, por el efecto integrador de la aplicación conjunta de la legislación comunitaria, y por la flexibilidad de un régimen marco comunitario con objetivos y resultados a alcanzar (dejando que los Estados miembros determinen las modalidades y los instrumentos para hacerlo)<sup>141</sup>.

Es indudable que para evitar daños a la salud y al medio ambiente es necesario declarar legalmente responsables a quienes llevan a cabo las actividades que pueden causar los daños. De acuerdo con el Libro Blanco, el auténtico contaminador es quien ha de asumir los gastos de la indemnización, descontaminación y restauración<sup>142</sup>. Por ello, la principal meta del Libro es hacer pagar a quien realmente contamina en la política ambiental comunitaria, con el objetivo de evitar daños al medio ambiente, mejorar la aplicación de la actual legislación ambiental, los principios ambientales del Tratado Común Europeo y garantizar la reparación de los daños causados al entorno, considerando su incidencia económica a nivel comunitario<sup>143</sup>.

---

<sup>135</sup> Ver Comisión Europea, *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*, oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, 2000, COM (2000 66 final 9 de febrero de 2000), p. 12.

<sup>136</sup> Austria, Bélgica, Finlandia, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Suecia favorecen un régimen comunitario en el ámbito de la responsabilidad ambiental. Antes de legislar a nivel nacional, otros países miembros se encuentran a la expectativa de los planteamientos de la Comisión. La posición de varios Estados miembros no está muy determinada. Ver Comisión Europea, *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*, oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, 2000, COM (2000 66 final 9 de febrero de 2000), p. 12.

<sup>137</sup> Ver Comisión Europea, *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*, oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, 2000, COM (2000 66 final 9 de febrero de 2000), p. 13.

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 7 y 13.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 8.

Para lograr que los agentes económicos acepten las consecuencias negativas que pueden proceder de sus actividades, la responsabilidad por los daños provocados a la naturaleza “constituye una condición *sine qua non*”<sup>144</sup>. Es por ello que la aplicación de un régimen común y transfronterizo creará una conciencia de responsabilidad de las consecuencias por actos contra el entorno natural. Este cambio traerá consigo mayores niveles de prevención y precaución para la salud y el medio ambiente.

Para poder aplicar este régimen de responsabilidad, el tipo de daño tiene que tener ciertas características:

- a. tiene que haber uno o más contaminadores identificables;
- b. el daño tiene que ser determinado y cuantificable, y;
- c. tiene que haber una relación causa-efecto entre el daño y la actividad de los presuntos contaminadores<sup>145</sup>.

De acuerdo con el Libro Blanco, la instauración de un régimen Comunitario se justifica porque ello constituye una forma de aplicar los principios fundamentales de política ambiental del Tratado CE, específicamente en la sección 2 del artículo 174, y, particularmente, del principio de “quien contamina paga”<sup>146</sup>. La responsabilidad ambiental permite:

1. la prevención de daños;
2. la interiorización de los gastos ambientales, costes relativos a la prevención y restauración de la contaminación ambiental que han de ser sufragados directamente por los responsables del daño causado y no por la sociedad;
3. facilita la adopción de mayores precauciones, mediante la prevención de riesgos y daños, y;
4. fomenta la inversión en investigación y desarrollo para mejorar conocimiento y tecnología<sup>147</sup>.

Para que el medio ambiente sea reparado, y no sea el Estado o el contribuyente el que costee los daños, hay que obligar al contaminador a pagar por los daños que causa<sup>148</sup>. Ello a su vez reduce los niveles de contaminación, ya que si los contaminadores tienen que costear las reparaciones relacionadas con el daño causado, éstos reducirán sus niveles de contaminación para evitar dichos gastos<sup>149</sup>.

Si hay un contaminador responsable, los Estados miembros le tienen que endosar la descontaminación y el restablecimiento del medio ambiente asegurando que la compensación pagada se destine a dicha reparación<sup>150</sup>. El régimen de responsabilidad constituirá un incentivo para que las empresas tengan un comportamiento más responsable<sup>151</sup>.

---

<sup>144</sup> *Ibíd.*, p. 5.

<sup>145</sup> *Ibíd.*, p. 13.

<sup>146</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>147</sup> *Ibíd. loc. cit.*

<sup>148</sup> *Ibíd. loc. cit.*

<sup>149</sup> *Ibíd. loc. cit.*

<sup>150</sup> *Ibíd. loc. cit.*

<sup>151</sup> *Ibíd.*, p. 15.



El Régimen Comunitario podría presentar determinadas características:

1. Aplicación no retroactiva (sólo a daños futuros).
2. Cobertura amplia de daños:
  - a. Al medio ambiente (contaminación de lugares y daños a la diversidad biológica o biodiversidad).
  - b. Daños tradicionales (daños corporales y daños materiales).
3. Ámbito de aplicación cerrado y ligado al patrimonio comunitario de legislación medioambiental existente.
4. Cobertura de los daños a la biodiversidad limitada a las zonas protegidas de la red Natura 2000<sup>152</sup>, con arreglo a la Directiva sobre las aves silvestres y la Directiva sobre hábitat<sup>153</sup>.
5. La contaminación de lugares y los daños tradicionales sólo quedarían incluidos cuando fuesen resultado de una actividad peligrosa o potencialmente peligrosa, regulada por la legislación comunitaria<sup>154</sup>.

El Libro Blanco contempla distintos tipos de responsabilidad:

- a. Responsabilidad objetiva, que es la que resulta de daños provocados por actividades peligrosas. Solo hay que probar “el hecho de que la acción (u omisión) causó el daño”<sup>155</sup>.
- b. Responsabilidad basada en culpa, por daños a la biodiversidad provocados por actividades no peligrosas o negligentes. Ésta puede aplicarse cuando los daños son causados por el incumplimiento de las leyes vigentes<sup>156</sup>.

Según el Libro Blanco, deberían existir circunstancias eximentes y atenuantes. Entre ellas las habitualmente aceptadas como la fuerza mayor, contribución a los daños, consentimiento del demandante, e intervención de un tercero (el operador causa daños en cumplimiento de una orden inevitable emanada de una autoridad pública).

El régimen comunitario trataría de reducir la carga de la prueba a favor del demandante, ya que es más fácil que el demandado pruebe la culpa o causalidad. Bajo este régimen recaería en el demandado la carga de probar los hechos relativos a la ausencia de una relación de causa-efecto entre su acto y el daño<sup>157</sup>.

De acuerdo con el Libro, son responsables los individuos que controlen la actividad que haya producido los daños. Si se trata de una sociedad con personalidad jurídica, la responsabilidad le corresponderá a la persona jurídica y no a la gerencia de la sociedad ni a otros empleados<sup>158</sup>.

<sup>152</sup> “Directiva 79/409/CEE del Consejo, relativa a la conservación de las aves silvestres (DO L 103, p. 1), y Directiva 92/43/CEE del Consejo, relativa a la conservación de los espacios naturales y de la fauna y flora silvestre (DO L 206, p. 7)” Ver Comisión Europea, *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*, oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, 2000, COM (2000 66 final 9 de febrero de 2000), p. 14.

<sup>153</sup> Ver Comisión Europea, *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*, oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, 2000, COM (2000 66 final 9 de febrero de 2000), p. 14.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>155</sup> *Ibid. loc. cit.*

<sup>156</sup> *Ibid. loc. cit.*

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 21.

El régimen común pretende garantizar un nivel mínimo de reparación. Su objetivo es restituir el estado en que se encontraba el recurso natural antes del daño (ello se puede obtener a través de una evaluación usando datos históricos y de referencia), o restaurar una situación comparable de los recursos dañados, o establecer criterios para tratar y restaurar los daños ambientales y para evaluar los daños a la biodiversidad, y destinarse las compensaciones abonadas por el contaminador a la reparación del medio ambiente<sup>159</sup>.

Según la Comisión, hay “una necesidad de reforzar el acceso a la justicia”<sup>160</sup>. Constituye un interés público El Estado junto con la sociedad civil es el responsable de la acción si el medio ambiente corre riesgo o resulta dañado. Sin embargo, el Convenio de Aarhus introduce disposiciones sobre el acceso a la justicia, que forman la columna vertebral para las varias acciones que pueden emprender tanto los particulares como las asociaciones de interés público. Entre estas actuaciones existen las siguientes: “impugnar la decisión de una autoridad pública ante un Tribunal u otro Organismo independiente e imparcial establecido por la ley (derecho a interponer un recurso administrativo o judicial); solicitar la aplicación de medidas efectivas y adecuadas (incluso de carácter cautelar); y recurrir contra las actuaciones u omisiones de personas privadas y autoridades públicas que contravengan disposiciones vigentes en materia de medio ambiente”<sup>161</sup>.

El Estado puede ser responsable a diferentes niveles:

- Responsabilidad en Primera Instancia. Los países miembros deben garantizar el saneamiento de los daños a la biodiversidad y la descontaminación, empleando la compensación pagada por el responsable del daño.
- Responsabilidad en Segunda Instancia. Si el Estado no actúa, o si su actuación no es adecuada, los grupos de interés público tendrán la facultad de actuar de manera subsidiaria<sup>162</sup>.

En casos urgentes y con la finalidad de prevenir grandes daños al medio ambiente, el Libro Blanco otorga a los grupos de interés la prerrogativa de solicitar directamente a los Tribunales, una orden judicial para que el potencial contaminador actúe o se abstenga de actuar. Entre las medidas cautelares se encuentran la prohibición de realizar una actividad peligrosa, o la obligación impuesta al operador de prevenir daños antes o después de un incidente, o de adoptar medidas correctoras. Los Tribunales deciden la justificación de las medidas cautelares, y los grupos de interés podrían reclamar el reembolso de los gastos razonables soportados para costear medidas preventivas urgentes (dirigidas a prevenir daños o evitar nuevos daños), sin necesidad de previa actuación por parte de la autoridad pública<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>161</sup> *Ibid. loc. cit.*

<sup>162</sup> *Ibid. loc. cit.*

<sup>163</sup> *Ibid. loc. cit.*

Debido al alto costo del acceso a la justicia y a la lentitud de la misma, el Libro Blanco señala la posibilidad de recurrir a “*soluciones extrajudiciales* como el arbitraje o la mediación”, las cuales reducen los costos y los plazos<sup>164</sup>.

Según el Libro, una garantía financiera es importante para ejecutar el régimen de responsabilidad ambiental<sup>165</sup>. El hecho de poder contar con un seguro reduce los riesgos de las empresas y aumenta medidas preventivas. Las empresas aseguradas contra posibles daños a recursos naturales se encuentran menos interesadas en evitar responsabilidad. Si hay pago de las indemnizaciones por el seguro, las empresas generalmente costean una parte de los gastos. Cubrir la responsabilidad por daños a los recursos naturales aumentaría las posibilidades de desarrollo rápido de mercado de seguros. La cobertura del riesgo de daños al medio ambiente está poco desarrollada (aunque se progresa)<sup>166</sup>. La asegurabilidad de los riesgos ambientales es fundamental para la garantía financiera (pero depende de la seguridad jurídica y la transparencia que aporte el régimen de responsabilidad)<sup>167</sup>.

#### 4.4.2. Principios de subsidiariedad y proporcionalidad

Se encuentran establecidos por los artículos 174 y 175 del Tratado CE, para crear una política ambiental comunitaria enfocada en la conservación, la protección y la optimización del medio ambiente y la salvaguarda de la salud de los individuos<sup>168</sup>. Justificación:

- Incapacidad de los regímenes nacionales para tratar por sí solos lo relacionado con los daños al medio ambiente.
- Efecto integrador de la aplicación conjunta de la legislación comunitaria. (Los Estados usan distintos mecanismos: algunos usan el derecho administrativo o público, y otros utilizan el derecho civil).
- Flexibilidad de un régimen marco comunitario (con objetivos y metas, pero dejando que los Estados miembros determinen las modalidades y los instrumentos para hacerlo)<sup>169</sup>.

Finalmente, al Libro Blanco se le hacen críticas. Una de ellas es que, por el hecho de ser un régimen distinto del ordinario, existe una necesidad de establecer la delimitación del ámbito incluido y del excluido. De no ser así, surgirían disputas para establecer si el Libro Blanco se aplica al daño causado<sup>170</sup>.

Hay quienes sostienen que el principio “quien contamina paga” se enuncia de una forma ambivalente, ya que la palabra “reparar” significa “dos cosas muy distintas, pues se trata de asumir los gastos de: a) “Restauración”; o de b) “Compensación de los daños causados”. Desde el punto de vista económico, la reparación se percibe

<sup>164</sup> *Ibíd.*, p. 25.

<sup>165</sup> *Ibíd. loc. cit.*

<sup>166</sup> *Ibíd.*, p. 25 y ss.

<sup>167</sup> *Ibíd.*, p. 26.

<sup>168</sup> *Ibíd.*, p. 30.

<sup>169</sup> *Ibíd. loc. cit.*

<sup>170</sup> Ver *Libro Blanco sobre la Responsabilidad Civil Ambiental* Bruselas, 9 de febrero de 2000 COM, Manuel García Cobaleda, Revista Mensual de Gestión Ambiental, julio 2000, p. 18.

como “más o menos costosa que la compensación o indemnización” y podría ser excesivamente costosa convirtiéndola en imposible o inútil<sup>171</sup>. Se propone que se instituya un juicio normativo de diferenciación sobre los supuestos de hecho y las consecuencias de derecho de restauración y compensación. Se considera primordial concretar con precisión al titular o titulares de la pretensión de que se trate<sup>172</sup>.

## 5. Recomendaciones

Un régimen de responsabilidad civil comprensivo con normas sustantivas y uniformes, con poder para regular Estados y operadores privados en el área ambiental y con jurisdicción propia, es muy ambicioso y está muy lejos de la realidad. Se debe comenzar por un régimen no tan radical, donde la soberanía no se vea afectada o al menos en menor extensión, quizás así los Estados pudiesen llegar a un acuerdo. Realmente, los Estados “se preocupan rápidamente por señalar que la protección del medio ambiente requiere tomar en consideración el concepto tradicional de soberanía y de integridad territorial, que tratan las cuestiones ambientales como si pudiesen ser solucionadas dentro de sus territorios”<sup>173</sup>.

### 5.1. *Una Organización Global del ambiente con limitados poderes*

La incorporación de una agresiva ejecución de leyes ambientales a través de la Organización Internacional del Comercio conduce a un callejón sin salida, a pesar de los posibles beneficios que ello conlleva para el medio ambiente. La creación de un grupo aparte y análogo, la Organización del medio ambiente, aunque políticamente más aceptable, puede sin embargo resultar muy difícil de negociar porque muchas naciones se encontrarían muy recelosas de su soberanía para someterse a su jurisdicción.

Sin embargo, los grupos de las Naciones Unidas y otros cuerpos ambientales se deberían consolidar en una sola Organización para recomendar políticas. Dicha Organización podría como mínimo demostrar ser más flexible, eficiente y respetable de cara a formar una opinión pública.

El régimen debería también resolver el problema de falta de idoneidad jurídica para resolver los intereses comunes. Aún cuando algunos de los regímenes actuales prevén una indemnización por daños ambientales, la falta de idoneidad continúa siendo un obstáculo para la obtención de la debida compensación<sup>174</sup>. En lo mínimo y por lo menos, la comunidad internacional debe procurar tener un sistema guardián<sup>175</sup>. Una Organización Medioambiental centralizada con poderes limitados como se discutió anteriormente, puede revestirse con la autoridad de actuar en nombre de los intereses comunes, incluyendo la legitimación para demandar como fiduciario.

---

<sup>171</sup> *Observaciones al Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental*, Pablo Salvador Coderch, Fernando Gómez-Pomar Pérez, Mireia Artigoti Golobardes, Yolanda Guerra Aznar, [http://www.indret.com/rcs\\_articulos/cas/observaciones\\_LB.pdf](http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/observaciones_LB.pdf).

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> Situma, *supra* nota 40, p. 69.

<sup>174</sup> Ver *supra* 3.1.

<sup>175</sup> Ver Beardslee, *supra* nota 39, p. 386.

## 5.2. Régimen del proceso transnacional<sup>176</sup>

La división sectorial del Derecho ambiental internacional en Tratados como la Convención del Petróleo de 1969, la Convención de Viena y la Convención sobre Sustancias Nocivas y Peligrosas<sup>177</sup>, ha creado dificultades restringiendo los esfuerzos para tomar soluciones efectivas y uniformes en el ámbito internacional contra el daño ambiental<sup>178</sup>. El régimen de Tratados de responsabilidad ha surgido en etapas desorganizadas y en forma poco sistemática creando un cuerpo de Tratados incoherentes que obstruyen cualquier avance<sup>179</sup>. Este enfoque debe de ser abandonado en atención a un esquema más comprensible, organizado y coherente.

Un régimen comprensible de leyes estandarizadas de responsabilidad, sin embargo, sería políticamente desafiante si se expandieran los daños ambientales transfronterizos. El problema con que se encuentra este tipo de arreglo se concreta en la complejidad en el proceso de negociación para resolver problemas sensibles y después llevar a cabo el proceso de ratificación por cada Estado individualmente<sup>180</sup>. Estos problemas que han sido tratados en los enfoques sectoriales<sup>181</sup>, aumentarían espontáneamente en un régimen comprensivo.

Por lo tanto, un régimen transnacional, como la Convención Nórdica<sup>182</sup>, debería ser seguido como modelo. Éste no establecería estándares sustantivos, pero al menos resolvería dificultades procesales tales como las de jurisdicción, elección de ley, y coercibilidad de las decisiones<sup>183</sup>. Este tipo de régimen contaría con los Tribunales nacionales y normas de derecho nacional, pero tendría normas específicas de jurisdicción estandarizada, elección de la ley, y ejecución de sentencias<sup>184</sup>. Debido a su simplicidad y a su confianza en los Tribunales nacionales, los Estados podrían acordar comprometerse con dicho Acuerdo más que con un Tratado que promulga reglas sustantivas y acude a Tribunales internacionales<sup>185</sup>.

En este tipo de régimen, las víctimas de daño ambiental o pérdidas podrían ser legalmente favorecidas con la posibilidad de demandar en los Tribunales del Estado en que se ha producido el daño, tal y como está previsto en la Convención Nórdica<sup>186</sup>. El principio de la no-discriminación se mantendría en el sentido de que cualquier reclamación de un ciudadano extranjero actuando ante un Tribunal extranjero deberá ser tratado de la misma forma en que se trata a un ciudadano de ese Estado<sup>187</sup>. Esto permite que ciudadanos de países menos industrializados, provenientes de

<sup>176</sup> Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 46.

<sup>177</sup> Ver *supra* en 3.3.; 3.4. y 3.5.

<sup>178</sup> Ver Wetterstein, *supra* nota 25, p. 613.

<sup>179</sup> Ver *supra* en 3.6.

<sup>180</sup> Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 50.

<sup>181</sup> Ver *supra* en 3.3. y 3.4.

<sup>182</sup> Ver *supra* en 3.2.

<sup>183</sup> Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 47.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 47 y ss.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>186</sup> Ver Situma, *supra* nota 40, p. 96.

<sup>187</sup> Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 47.

lugares con frágil legislación ambiental, pudiesen obtener una compensación contra un agresor proveniente de un país más desarrollado<sup>188</sup>.

También se podría adoptar una norma de *long arm*, o de largo alcance para que los Estados dispusiesen de jurisdicción personal sobre individuos o Corporaciones que no fuesen residentes del Estado, siempre y cuando se cumplieran ciertos requisitos. Sin embargo, la aplicación de dichas medidas podría ser problemática para países poco receptivos y no familiarizados con ellas<sup>189</sup>. Aún cuando entre países distintos las leyes sustantivas difieran, puede utilizarse una norma de elección de ley, permitiendo al demandante elegir la ley que más le favorezca, y así siempre se aplicaría la ley más rigurosa y severa<sup>190</sup>.

Un régimen orientado al procedimiento tendría las ventajas de una gran simplicidad por su apoyo en los Tribunales nacionales y no en Órganos jurisdiccionales adjudicatarios de tipo internacional. En efecto, los Tribunales nacionales probablemente son más idóneos que los Tribunales internacionales para tratar daños ambientales internacionales. El Derecho internacional ambiental es único en Derecho internacional porque:

«La protección ambiental tiene menos que ver con cuestiones de Estado a Estado y más con las actividades de los individuos, que son el centro de atención para la mayoría de los Tribunales nacionales. El uso de Tribunales nacionales tiene más sentido en el área ambiental porque los Tribunales nacionales tienden a enfocar su atención en los contaminadores comunes, ya sean estos individuos o Corporaciones<sup>191</sup>».

Más aún, los Tribunales nacionales están dotados con mecanismos coercitivos no disponibles en el área internacional<sup>192</sup>. A medida que las leyes ambientales se desarrollan y se centran en el individuo y las Corporaciones, dichos Tribunales nacionales tienen más control sobre los individuos y sus propiedades<sup>193</sup>. Basta observar los derechos humanos internacionales para encontrar un claro ejemplo de que verdaderamente los Tribunales nacionales están aplicando la ley internacional<sup>194</sup>.

### **5.3. Responsabilidad estatal**

La responsabilidad estatal subsidiaria, como sugirió la Resolución del Instituto de Derecho Internacional<sup>195</sup>, ya se encuentre basada en responsabilidad estricta o en mera falta, no es políticamente posible aplicarla a escala general. Se puede argumentar que los Estados pueden aceptar más fácilmente una responsabilidad estricta si ellos sólo son responsables subsidiariamente a los operadores privados<sup>196</sup>.

---

<sup>188</sup> *Ibíd.*, p. 48.

<sup>189</sup> *Ibíd.*, p. 47.

<sup>190</sup> *Ibíd. loc. cit.*

<sup>191</sup> O'Connell, *supra* nota 26, p. 57.

<sup>192</sup> *Ibíd.*

<sup>193</sup> *Ibíd.*, p. 64.

<sup>194</sup> *Ibíd.*, p. 62.

<sup>195</sup> Ver *supra* nota 93.

<sup>196</sup> Ver Berwick, *supra* nota 13, p. 264.

Sin embargo, se podría generalizar y afirmar que los Estados no se someterán a estándares de responsabilidad estricta<sup>197</sup>.

“Cuando los Estados desarrollen y participen más en exhaustivos regímenes internacionales de Derecho ambiental, y hasta que los intereses ambientales alcancen la misma importancia que la de los asuntos comerciales y de desarrollo, es poco probable que los Estados se sometan a estándares de responsabilidad estricta bajo responsabilidad estatal por daños ambientales”<sup>198</sup>.

#### **5.4. Fondo Internacional y Seguro Obligatorio**

En lugar de una responsabilidad estatal, bajo el auspicio estricto de la Organización Global del Ambiente, debería crearse un Fondo internacional para ayudar a los demandantes en la obtención de la indemnización en Tribunales internacionales, o para ayudar a las víctimas que no han sido adecuadamente compensadas por daños transfronterizos<sup>199</sup>.

Aún cuando el Fondo operase en ausencia de normas de responsabilidad uniformes, la Organización Global del Ambiente tendría autoridad para hacer valer su criterio cuando las víctimas demandan para obtener asistencia de la Organización. Ésta también podría revisar los casos provenientes de los Tribunales nacionales si la mencionada Organización así lo considerase apropiado.

Por supuesto, esta Organización actuaría solamente en beneficio de las víctimas y no tendría autoridad para emitir decisiones que obligasen a los responsables. Sin embargo, la Organización, con capacidad consultora, podría publicar sus recomendaciones con relación a la conducta de los infractores. Esto podría ser muy efectivo e influenciar y beneficiar así el Derecho ambiental internacional, especialmente si la Organización cultiva y desarrolla una buena reputación.

Resultaría políticamente difícil crear un Fondo proveniente de sectores privados, como el de la Organización de Polución para el Petróleo o la Organización de Sustancias Nocivas y Peligrosas, ya que se entraría a discutir posiciones en temas diplomáticos cuando se trata de determinar quién debe contribuir al Fondo, si productores, transportadores o aquellos que reciben la polución. Por ejemplo, en el caso de desperdicios peligrosos, las naciones menos industrializadas tienden a ser las receptoras de los desperdicios nocivos y las naciones industrializadas las exportadoras. Así los países menos desarrollados probablemente insistirían en que fuesen los exportadores o Compañías transportadoras de los países desarrollados las encargadas de pagar el Fondo, mientras que las naciones más ricas se opondrían a ello<sup>200</sup>.

Una mejor alternativa sería obtener contribuciones con base a un cálculo anual de los daños transfronterizos causados por cada nación y los operadores privados dentro de cada Estado. Dicha estimación la haría la Organización y la posibilidad de pagar esta cuota podría incentivar a las naciones a establecer y aplicar leyes

<sup>197</sup> *Ibid. loc. cit.*

<sup>198</sup> *Ibid.*

<sup>199</sup> Ver Murphy, *supra* nota 20, p. 47.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 58.

nacionales más estrictas para reducir su contribución anual. Sin embargo, esta opción requiere un sistema efectivo de consejo y transparencia, lo que sería difícil de materializarse, ya que las naciones se incomodan cuando ven que deben de entregar parte de su soberanía a un cuerpo internacional con el poder de controlar su conducta<sup>201</sup>. Sin embargo, cualquier posibilidad de presiones políticas debería de utilizarse para lograr la formación del Fondo, ya que una adecuada compensación a las víctimas es importante para el éxito del régimen<sup>202</sup>.

Para complementar el Fondo, es también imperativo que los Estados estén de acuerdo en exigir a los sectores privados que concierten y dispongan de un seguro extenso que cubra una responsabilidad amplia, tal y como lo prevé el Instituto de Derecho Internacional<sup>203</sup>. Esto es importante para asegurar compensación cuando se trata de víctimas que se encuentran en países en los cuales la responsabilidad del Estado es muy limitada o no existe.

## 6. Conclusión

Un régimen de responsabilidad y compensación debería forzar a las partes a interiorizar completamente los costos de los riesgos del daño ambiental que ellos crearon y así motivar a aquellos que están en mejor posición para impedir el daño y compensar adecuadamente a los individuos, la propiedad y el medio ambiente por los daños causados<sup>204</sup>. Existe el debate de quién debe hacerse cargo del gasto que supone la limpieza de los lugares contaminados y la reparación de los daños. ¿Deberá pagarlo la sociedad o el ciudadano? ¿Deberá pagar el causante de la contaminación, siempre y cuando se pueda establecer su identidad?

Idealmente, por el bien de la protección del derecho internacional al medio ambiente, un Estado de la comunidad internacional debería de tener el coraje de acceder a un régimen de una comprensiva responsabilidad civil con pautas de responsabilidad globales y responsabilidad estatal, aunque ello afecte la soberanía de los Estados. En este sentido, el Libro Blanco de la Comunidad Europea ofrece muchas pautas a seguir, o, al menos, a considerar. Es el momento de pensar que el principio “el que contamina paga” podría beneficiar el medio ambiente. Va siendo hora de que los actores económicos acepten su responsabilidad por los desenlaces negativos que provienen de sus actividades. A través del Libro Blanco, los países miembros de la Comunidad Europea sacrifican parte de su soberanía para mejorar el medio ambiente.

Pero el Libro Blanco no supone la primera propuesta en que los países deciden sacrificar su soberanía por un interés mutuo. La Organización del Comercio Internacional (WTO) representa un precedente análogo en el área del comercio internacional. Muchos Estados han sacrificado parte de su soberanía en el interés de un justo y eficiente régimen de intercambio comercial internacional. En gran parte

---

<sup>201</sup> Cf. Situma, *supra* nota 40, p. 97 (describiendo un intento similar para crear un fondo internacional basado en pagos que los países anualmente le dan a las Naciones Unidas).

<sup>202</sup> Ver Wetterstein, *supra* nota 25, p. 613.

<sup>203</sup> Ver Resolución ILI, *supra* nota 93, art. 10.

<sup>204</sup> Ver Murphy, *supra* nota 40, p. 36 y ss.



esto se debe a la contundente voluntad política de los Estados miembros que han identificado la búsqueda de riquezas como meta deseada que beneficia a todas las naciones miembros a través del comercio internacional bajo el auspicio de la WTO.

La misma voluntad política no existe entre la comunidad internacional respecto al Derecho ambiental. “En ambos niveles, tanto nacional como internacional, el establecimiento de políticas de protección ambiental y obligaciones frecuentemente lleva a discusiones surgidas por invasiones sentidas en intereses de propiedad y en derechos de soberanía nacional”<sup>205</sup>. Realmente muchas naciones son hostiles a dicho ideal.

Un organismo mundial con autoridad para aplicar la ley y con un Tribunal supervisando un sistema de responsabilidad estandarizada, incluyendo la responsabilidad estatal, en resumen, sobrepasando los presentes límites aceptados de soberanía, ya sea incorporado en la Organización Mundial del Comercio, o creado aparte como la Organización Global del Ambiente, es políticamente poco práctico en un futuro cercano.

Hay que enfatizar que para tratar efectivamente la amenaza que el estado actual del medio ambiente le presenta al hombre, “el manto de la soberanía nacional tendría que romperse para lograr la protección del ambiente y el bienestar de todos”<sup>206</sup>.

Para finalizar, es recomendable un proceso transnacional que proteja a las víctimas y les garantice su derecho a demandar, y además la creación de un fondo internacional bajo el auspicio de la Organización Global del Ambiente; un organismo dinámico pero cuyas decisiones no obliguen, para así promover armonización y uniformidad. Esto podría ser el comienzo del replanteamiento internacional sobre la legislación ambiental y la soberanía del Estado.

---

<sup>205</sup> Cfr. Situma, *supra* nota 40, p. 63.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 97.



---

**Principios de la responsabilidad  
civil del prestador de servicios de  
intermediación en Internet (ISP)**

---

*José Manuel Busto Lago*  
Universidade da Coruña



## **1. Responsabilidad civil de los ISPs\*: principios en que se fundan la Directiva 2000/31/CE y la Ley 34/2002, de 11 de julio**

La regulación que realiza Directiva 2000/31/CE, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información*<sup>1</sup>, en el ámbito de la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs) tiene como preocupación principal el asegurar que éstos puedan prestar una actividad puramente técnica y en orden a la consecución de este objetivo, el legislador comunitario ha considerado imprescindible que la prestación de aquellos servicios de almacenamiento, alojamiento y transferencia de contenidos o de informaciones de origen ajeno a ellos, si quiere permitirse una intervención en condiciones económicas aceptables que no impidan el desarrollo de la sociedad de la información en red, se realice en un marco de protección frente a posibles responsabilidades en las que pudiesen incurrir por almacenar o transferir contenidos ilícitos de autoría ajena, dispensándolos expresamente del deber de control y búsqueda activa de informaciones y contenidos ilícitos, sin perjuicio de que, en función del concreto rol del prestador de servicios se impongan determinados deberes de comunicación diligente en el caso de que sea descubierta o puesta de manifiesto, en virtud de cualquiera de los mecanismos idóneos a estos efectos, la ilicitud de aquellos contenidos, cuya previsión justifica que muchos autores hablen de un régimen condicional de exoneración de responsabilidad de los ISPs.

### ***1.1. Regulación horizontal de la responsabilidad civil de los ISPs en la Directiva 2000/31/CE y en al LSSICE***

#### ***1.1.1. Los dos modelos posibles: la Directiva 2000/31/CE y la DMCA/1998***

La indiferencia de la naturaleza del derecho o del interés legítimo lesionado en orden a determinar el régimen de responsabilidad en virtud del que haya de responder el concreto ISP resulta del carácter horizontal tanto de la Directiva 2000/31/CE, como de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (LSSICE)<sup>2</sup>, que supone su transposición al Ordenamiento jurídico español. Frente a este modelo, la *Digital Millenium Copyright Act* adoptada en USA el 28 de octubre de 1998 (DMCA), con la finalidad de ratificar los dos Tratados de la OMPI de 20 diciembre 1996 —y de frenar la práctica del *webcasting* (producción y emisión de vídeo por Internet, gracias a la

---

\* El texto del presente estudio se corresponde, en líneas generales y con las necesarias actualizaciones legales, doctrinales y jurisprudenciales, con la Ponencia impartida por el autor el día 12 de abril de 2002 en el seno del curso sobre “Responsabilidad civil de los profesionales y empresarios (aspectos nacionales e internacionales)” organizado por el Centro asociado de la UNED-A Coruña y dirigido por P. P. MIRALLES SANGRO Y R. RODRÍGUEZ MONTERO. En parte se corresponde también con el contenido de otros estudios anteriormente publicados por el autor y, en particular, “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)”, Capítulo XVIII del Tratado de responsabilidad civil (dirigido por L. F. REGLERO CAMPOS), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003 (2ª edic.), pp. 1817 a 1903; y, “La responsabilidad civil de los “Internet service providers” (ISPs) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 5, 2004-2, pp. 39 a 73.

<sup>1</sup> DOL núm. 178, de 17 julio [LCEur 2000\1838].

<sup>2</sup> BOE núm. 166, de 12 julio; rect. BOE núm. 187, de 6 de agosto.

tecnología de retransmisión *streaming*)<sup>3</sup>, que había experimentado un considerable desarrollo desde la promulgación de la *Digital Performance Rights in Sound Recordings Act* de 1995— contiene un Capítulo titulado *Limitations on Liability for Copyright Infringement*, consagrado a la regulación de la responsabilidad de los intermediarios, si bien limitado a los ilícitos en materia de propiedad intelectual. La DMCA contempla un régimen condicional de inmunidad aplicable a los ISPs especialmente por infracción de los derechos de propiedad intelectual por los materiales que albergan: limita la responsabilidad de los proveedores de acceso que hagan posible el tránsito de las informaciones de terceros en el marco de un proceso técnico automático, así como la responsabilidad en los supuestos de *caching* y en relación con los enlaces de hipertexto.

A diferencia de la DMCA, cuyo ámbito de aplicación está restringido a los derechos de propiedad intelectual (*copyright* y derechos afines, así como determinadas obligaciones relativas a las medidas tecnológicas sobre gestión datos), la Directiva 2000/31/CE y, por influjo de ésta, la Ley española que la traspone han contemplado una regulación horizontal, de manera que el régimen de responsabilidad civil es el mismo con independencia de cuál sea el derecho o el interés legítimo lesionado (lesión de los derechos de la personalidad —honor, intimidad, propia imagen, etc.—, publicidad engañosa, competencia desleal, lesión de los derechos sobre bienes inmateriales —propiedad industrial—, etc.), si bien tiene presente, en alguna medida, la especialidad que representan los derechos protegidos por la propiedad intelectual, en cuyo caso —siguiendo, ahora sí, el modelo americano—, la precitada Directiva ha de interpretarse de acuerdo con la exigencias dimanantes de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, *sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información*<sup>4</sup>. En cualquier caso, que la regulación realizada por la LSSICE tenga este carácter horizontal no obsta que el perjudicado no pueda acudir a otros mecanismos de defensa de sus derechos que puedan resultar adecuados, con independencia de la responsabilidad civil, como podría ser el ejercicio de acciones de rectificación (*ex art. 6, párr. final, LO 2/1984, de 26 marzo*) o de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales (*ex Ley 62/1978, de 26 diciembre, con las especialidades procesales contempladas en los arts. 249.1.2, 477.2 y 525.1.1º, todos de la LEC y en los arts. 2.a) y 114.a) 122 LJCA cuando la vulneración sea imputable a una Administración Pública*).

### *1.1.2. La lesión de los derechos de autor y derechos afines: ¿la —posible— excepción a la regulación horizontal?*

Sin perjuicio de la indiferencia de cuál sea el derecho o interés legítimo lesionado —que constituye una de las premisas generales del sistema—, el

<sup>3</sup> Vid. PÉPIN, R.: “Piratage, musique et Internet: la solution se trouve-t-elle dans le modèle américain?”, *www.lex-electronica.org*, p. 14 (del original impreso).

<sup>4</sup> DOL núm. 167, de 22 junio; *rect.* DOL núm. 6, de 10 enero 2002 [LCEur 2001, 2153 y LCEur 2002, 23]. La adecuación de los Derechos internos de los distintos Estados miembros a sus preceptos ha sido llevada a cabo ya en Grecia, en Dinamarca, en Italia (*Decreto Legislativo* núm. 68, de 9 de abril de 2003, que modifica la Ley 633/41) y en Bélgica (*Loi du 22 mai 2005, transposant en droit belge le Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l’harmonisation...* [M.B., 27 de mayo de 2005, p. 24997]).

legislador comunitario ha sido consciente de que la protección de los derechos de propiedad intelectual en Internet merecía una consideración especial y que acaso fuese necesario combinar la tutela general de los derechos e intereses en el marco de actividades realizadas en la sociedad de la información a la que se dirige la Directiva 2000/31/CE, cohesionándola con el régimen específico de estos derechos. En efecto, en el Cdo. 50 de la Directiva 2000/31/CE se advertía expresamente de la importancia que, de acuerdo con la premisa que acaba de enunciarse, tenía que la propuesta de *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de ciertos aspectos de los derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información* entrase en vigor, más o menos, al mismo tiempo que ésta y ello en orden a garantizar el establecimiento de un marco normativo claro relativo a la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios por infracciones de los derechos de autor y los derechos conexos a escala comunitaria. Pese al deseo del legislador comunitario, la anunciada Directiva se demoró unos meses respecto a la Directiva 2000/31/CE, siendo definitivamente aprobada como Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001 y fijando como plazo máximo para que los Estados miembros adecuen sus respectivos Derechos internos a sus previsiones el día 22 diciembre 2002 (art. 13.1). En el Considerando 16 de esta última Directiva se viene a reiterar aquella voluntad del legislador comunitario consistente en el respeto a un calendario similar en la aplicación de ambas Directivas, argumentado, ahora expresamente, sobre el hecho de que la Directiva 2000/31/CE establece un marco armonizado de los principios y normas relativos a partes importantes de la Directiva 2001/29/CE, precisando que ésta *se entenderá sin perjuicio de las normas sobre responsabilidad previstas en [aquella] Directiva*.

De conformidad con las previsiones del art. 8º.2 de la Directiva 2001/29/CE, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los titulares de los derechos cuyos intereses se vean perjudicados por una actividad ilícita llevada a cabo en su territorio puedan interponer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, así como la posibilidad de solicitar, alternativa o cumulativamente, medidas cautelares en orden a evitar que prosiga la realización de la actividad ilícita dañosa y, en su caso, la incautación del material ilícito, así como de los dispositivos, productos y componentes a que se refiere el apartado 2 del art. 6 de la propia Directiva: dispositivos, productos o componentes que sean objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección de los derechos que la Directiva protege dispensada mediante cualquier medida tecnológica; aquéllos que, al margen de la elusión de dicha protección tengan un uso o finalidad comercial limitada, así como los concebidos, producidos, adaptados o realizados con la finalidad principal de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz.

La determinación de las vicisitudes de la acción de responsabilidad civil cuya existencia a favor de los perjudicados garantiza la Directiva y del contenido de la indemnización de daños y perjuicios corresponde a los legisladores estatales. En todo

caso, parece que habrá de comprender tanto los daños patrimoniales consecuencia de la lesión de los derechos de explotación, como los daños estrictamente morales<sup>5</sup>. En el momento presente —y al precepto no le afecta el “Borrador de modificación del TRLPI para incorporar la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo”, presentado por el Ministerio de Cultura con fecha 28 de octubre de 2004 y aprobado como Anteproyecto de Ley por el Consejo de Ministros celebrado el día 4 de abril de 2005<sup>6</sup>—, resulta aplicable en estos supuestos la previsión contenida en el art. 140 del TRLPI, de manera que el perjudicado puede optar, como indemnización, entre el beneficio que presumiblemente hubiere obtenido de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación; resultando indemnizable el daño moral aun cuando no se haya probado la existencia de un perjuicio económico, valorándolo en atención a las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra. La acción prescribe a los cinco años desde que el perjudicado pudo ejercitarla (art. 140, pf. 3º, del TRLPI).

En relación con los intermediarios, el art. 8.3 de la Directiva 2001/29/CE, precisa que *los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor*. Para infracciones o lesiones de derechos de propiedad intelectual e industrial distintos de los derechos de autor y derechos afines, el art. 9.1 de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, relativa al *respecto de los derechos de propiedad intelectual*<sup>7</sup>, prescribe que los mandamientos judiciales destinados a prevenir cualquier infracción inminente de aquellos derechos, también podrá dictarse —además de contra el presunto infractor— *contra el intermediario cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual*. Los preceptos que acaban de ser transcritos exigen que los Derechos nacionales contemplen a los ISPs como eventuales legitimados pasivos de las acciones mediante las que el perjudicado solicite la adopción de las pertinentes medidas cautelares en orden a impedir la realización o a evitar que prosiga realizándose la actividad ilícita, de manera que estos intermediarios están obligados a colaborar en orden a evitar la prosecución de aquellas actividades ilícitas, pudiendo obligárseles, a través del oportuno procedimiento judicial, a cumplir forzosamente con aquel deber de colaboración. De acuerdo con la interpretación doctrinal de la que ha sido objeto el art. 139 del TRLPI que prevé la posibilidad de solicitar como medida cautelar el cese de la actividad ilícita lesiva de los derechos de propiedad intelectual, al tratarse de un acción real está legitimado pasivamente tanto el autor de dicha actividad, como el que por cualquier razón controla los resultados materiales e inmateriales de la explotación, así como el propietario de los instrumentos utilizados para la explotación, aun siendo éste un

---

<sup>5</sup> ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C.: *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 159.

<sup>6</sup> El TJUE ha condenado a España por el retraso en la transposición de la Directiva 2001/29/CE: STJUE C-31/04, de 28 de abril de 2005, estimando el recurso de la Comisión de las Comunidades Europeas.

<sup>7</sup> DOL núm. 157, de 30 de abril de 2004.



tercero y ello con independencia de que esté o no legitimado pasivamente para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual<sup>8</sup>.

En cuanto a cuáles sean las medidas cautelares que pueden ser solicitadas *cuando exista un temor racional y fundado* de que la infracción de los derechos de propiedad intelectual va a producirse (en expresión del art. 141 del TRLPI) o, en el caso de que ya se haya producido, para impedir que continúe realizándose la actividad ilícita lesiva, son tanto las tipificadas en el art. 141 del TRLPI, como cualesquiera otras que se reputen adecuadas para conseguir aquellos fines, de acuerdo con el principio de atipicidad de las medidas cautelares consagrado, con carácter general, en el art. 726 de la LECiv, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en los arts. 726 y 728 de la propia LECiv, habiendo de ser adoptadas por los cauces propios del procedimiento previsto para la adopción de las medidas cautelares regulado en el Capítulo II del Título VI del Libro III de la LECiv (arts. 730 y ss.), que derogó las especialidades procesales del art. 142 del TRLPI<sup>9</sup>.

En consecuencia, de acuerdo con el TRLPI, los prestadores de servicios de intermediación en Internet pueden ser sujetos pasivos del procedimiento cautelar (expresamente en la proyectada reforma del texto del art. 141 del TRLPI, de acuerdo con los Borradores de Anteproyectos de Ley presentados por el MECyD en noviembre de 2002 y por el MC en octubre de 2004, que ha cuajado finalmente en el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el día 22 de julio de 2005<sup>10</sup>, en orden a la transposición de la Directiva 2001\29\CE, se prevé, entre las medidas cautelares que pueden ser adoptadas, *la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual* [apartado 6º]), si bien no están legitimados pasivamente para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios que ejercite el titular de los derechos de propiedad intelectual lesionados, que habrá de ser ejercitada frente a quien usurpa el derecho protegido, ya se trate de un derecho de explotación, ya de un derecho moral, pues quien de cualquier otra manera daña la persona o la obra del autor o titular, o de diversa forma atenta a intereses espirituales del titular de los derechos<sup>11</sup>. A los efectos de colaborar en la efectividad de las medidas cautelares que se adopten se puede invocar también el art. 11 de la LSSICE<sup>12</sup>. Así las cosas, el Ordenamiento jurídico español satisface las exigencias dimanantes del art. 8.3 de la Directiva 2001/29/CE. Sin perjuicio de ello, no se encuentra obstáculo a que cuando se trate de la lesión de los derechos de autor o de derechos afines, los prestadores de

<sup>8</sup> CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario al artículo 134 del TRLPI/1996”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 1997 (2ª edic.), pp. 1778 y 1779.

<sup>9</sup> *Vid.*, entre otros, SERRANO GÓMEZ, E.: *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ed. Cívitas, S.L., Madrid, 2000, p. 132.

<sup>10</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, núm. 44-1, 26 de agosto de 2005.

<sup>11</sup> CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario al artículo 133 TRLPI/1996”, en *Comentarios a la LPI, op. cit.* (2ª edic.), p. 1757.

<sup>12</sup> En este sentido, GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J.: “Deberes y responsabilidades en materia de propiedad intelectual”, *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento (Un análisis multidisciplinar)* (S. CAVANILLAS MÚGICA, Coord.), Ed. Comares, Granada, 2005, p. 242.

servicios de intermediación respondan civilmente *ex lege aquilia* de acuerdo con el régimen prevenido en los arts. 13 a 17 de la LSSICE, pues amén de que la Ley en ningún momento excepciona de su ámbito objetivo de aplicación la lesión de aquellos derechos, en el precepto que fija su ámbito territorial de aplicación expresamente incluye a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otros Estados miembros de la UE o del EEE, siempre y cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten, entre otras materias, a los *derechos de propiedad intelectual o industrial* (art. 3.1.a) de la LSSICE).

En la experiencia judicial española, resulta relevante el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Madrid —dictado en el marco de un procedimiento penal incoado en virtud de las denuncias formuladas por la entidades SGAE, AFyVE, EGEDA y “El Derecho” por la presunta comisión de delitos contra la propiedad intelectual—, de fecha 1 de agosto de 2003, en virtud del que se acordó el cierre cautelar, por un periodo mínimo de seis meses, de la plataforma web “Donkeymania” ([www.donkeymania.com](http://www.donkeymania.com)), del tipo P2P (*peer to peer*), que posibilitaba intercambios de archivos —videográficos, fonogramas y programas informáticos— entre particulares. En materia de protección de derechos objeto de la propiedad industrial, la adopción de medidas cautelares se ha generalizado en relación con el infractor y sólo incidentalmente con los prestadores de servicios de intermediación y de asignación de nombres de dominio.

### ***1.2. Responsabilidad civil subjetiva, con canon de diligencia profesional normativamente establecido***

La doctrina que hasta la fecha ha tratado esta cuestión, tanto en la Directiva 2000/31/CE, como en la Ley española de transposición, suele enunciar, a modo de advertencia inicial, que difícilmente las normas diseñan sistemas de responsabilidad civil objetivos o subjetivos químicamente puros y que resulta difícil de diferenciar y de encajar en uno o en otro sistema (*v.gr.*, un régimen de responsabilidad subjetiva con presunción de culpa y un régimen de responsabilidad objetiva que permite la exoneración probando la concurrencia de determinadas circunstancias). A esta idea se aferran muchos autores para justificar la indefinición o, simplemente, para calificar al régimen de responsabilidad civil extracontractual diseñado en la LSSICE como un régimen *cuasi-* o “no puro”<sup>13</sup>.

La mera lectura de los preceptos, tanto de la Directiva, como de la LSSICE, dedicados al régimen de responsabilidad civil de los ISPs permite apreciar que en ellos se contempla un régimen más estricto o más laxo en función de la concreta actividad

---

<sup>13</sup> Así, CLEMENTE MEORO, M. E.: “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, *Responsabilidad civil y contratos en Internet (Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)* (CLEMENTE MEORO/CAVANILLAS MÚGICA), Ed. Comares, Granada, 2003, p. 116. No faltan autores que consideran que se trata de un régimen puro de responsabilidad civil objetiva (en este sentido se pronuncia VATTIER FUENZALIDA, C.: “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”, en *Régimen jurídico de Internet* [CREMADES/FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ/ILLESCAS, Coords.], Ed. La Ley, Madrid, 2002, p. 1195).

desarrollada por el ISP. El ejemplo más claro del prestador sometido al régimen menos estricto es el constituido por el que realiza la actividad de simple conducción de la información (el operador de red y el proveedor de acceso), al que prácticamente se le exonera de responsabilidad civil por contenidos ajenos, frente al ejemplo representado por el ISP que aloja y almacena datos ajenos, que constituiría el ejemplo del prestador sometido a un régimen más estricto de responsabilidad civil.

Las expresiones utilizadas en la Directiva 2000/31/CE, “no se puede considerar al prestador de servicios de este tipo [mera transmisión] responsable de los datos transmitidos, a condición de que [...]” (art. 12.1), “el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información [...] a condición de que [...]” (art. 13.1), “el prestador de servicios [de alojamiento de datos] no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del interesado, a condición de que [...]” (art. 14.1), traducidas por el legislador español por “no serán responsables por la información transmitida salvo que [...]” (art. 14.1), “no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos si [...]” (art. 15), “no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que [...]” (art. 16.1), inducen a pensar que la Directiva no exige, y que el legislador estatal no ha instaurado, un régimen de responsabilidad civil especial o distinto del que constituye el Derecho común en este sector del Ordenamiento jurídico<sup>14</sup>. En efecto, el legislador comunitario parece limitarse a describir unas conductas en las que poder fundar la imputación de responsabilidad civil al ISP y ello en orden a soslayar los problemas que podrían suscitar otro tipo de previsiones y su adecuación a los distintos sistemas de responsabilidad civil imperantes en los distintos Estados de la UE, de acuerdo con las advertencias que se contienen en el Considerando núm. 40 de la Directiva 2000/31/CE. Por su parte, el legislador español, respetando estos mínimos, los contempla como reglas que describen o perfilan los deberes de prudencia y de diligencia de los ISPs, constituyendo una especie de *lex artis*<sup>15</sup>,

<sup>14</sup> Constituido por el art. 1902 y las normas concordantes del Cc, con todas las consecuencias que de aquella calificación como *Derecho común* se derivan, de acuerdo con lo establecido en el art. 4.3 del propio Cc.

<sup>15</sup> JULIÀ-BARCELÓ, R./MONTERO, É./SALAÜN, A.: “La proposition de Directive européenne sur le commerce électronique: Questions choisies”, en *Commerce électronique (Les temps des certitudes)*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit (núm. 17), Ed. Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 38. En la doctrina española parecen haberse sumado a este parecer, con arreglo al cual la LSSICE establece un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa para los ISPs por contenidos ajenos, entre otros, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos”, *pe.i. Revista de propiedad intelectual*, núm. 6, septiembre/diciembre 2000, p. 54; DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho privado de Internet*, Ed. Civitas, S.L., Madrid, 2002 (3ª edic.), p. 587 y ss. (§§ 435 a 439); PEGUERA POCH, M.: “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”, en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* (MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, Coords.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 36 y 37; PLAZA PENADÉS, J.: “La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet y otras redes (su regulación en el Derecho comunitario y en la LSSICE)”, en *Contratación y comercio electrónico* (F. J. ORDÚÑA MORENO, Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 214. Acerca de la relevancia de la determinación de la diligencia exigible *ex art.* 1902 del Cc en la prestación de los servicios de intermediación de Internet, *vid.* JULIÀ-BARCELÓ, R./CAVANILLAS MÚGICA, S.: “La responsabilidad civil por daños causados a través de Internet”, en *Derecho sobre Internet* (SALA ARQUER, J. M./MARTÍNEZ-SIMANCAS, J., Dirs.), Ed. BSCH, Madrid, 2000 (sólo disponible en <http://www.derechosobreinternet.com/textos/capitulo12.html>).

de manera que sólo si incumplen alguno de los deberes positivos o negativos que imponen, entonces pueda considerarse que concurren los presupuestos necesarios para la imputación subjetiva de responsabilidad<sup>16</sup>. Al margen de los presupuestos que habilitan la imputación a un ISP *ex LSSICE*, no puede considerarse que éste haya incurrido en responsabilidad civil, en virtud, pongo por caso, de la aplicación de normas de protección de determinados derechos que prevean criterios de imputación más laxos (como tampoco podría exonerarse el ISP alegando que para aquellos daños una determina norma contempla un criterio más estricto de imputación).

El principio general de no responsabilidad civil de los ISPs determina que la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos en orden a imputar aquella responsabilidad a estos prestadores de servicios recaiga sobre el perjudicado (*ex art. 217.2 de la LECiv*).

Las precedentes afirmaciones resultan del análisis de los principios en los que se funda el régimen de responsabilidad civil de los ISPs previsto en la Directiva 2000/31/CE y a los que habrán de adecuarse las normas de Derecho interno de los distintos Estados integrantes de la UE, son los siguientes:

- 1. Principio de autorresponsabilidad.** La responsabilidad extracontractual por hecho del propio proveedor en Internet sólo surge si el daño es imputable a contenidos propios o elaborados por cuenta suya que se transmitan por la red (en relación con los daños a creaciones protegidas por la propiedad intelectual, expresamente el art. 8 de la Directiva 2001/29/CE). De acuerdo con las previsiones de la Directiva 2000/31/CE, el legislador español no establece una regla general de responsabilidad del prestador de servicios intermedio, sino que la funda en la posibilidad efectiva de supervisión y control que puede ejercer sobre los datos o contenidos almacenados o transmitidos suministrados por los sujetos que utilizan los servicios que pone a su disposición y sobre la obligación de anular e impedir el alojamiento y la transmisión de datos de los destinatarios cuando un tercero, particular o autoridad pública, pone en su conocimiento la realización de actividades ilícitas.
- 2. Inexistencia de la obligación general de supervisión o de control activo de contenidos ajenos o de informaciones vertidas por terceros por parte de los ISPs y las cláusulas del “buen samaritano”.** El establecimiento de una obligación de verificación o de supervisión general de los contenidos ajenos fue muy discutida en el seno de la Comisión que, finalmente, se ha decantado por la solución pragmática, frente a la representada por el establecimiento de una obligación con aquel contenido que, probablemente, hubiese lastrado el

---

<sup>16</sup> En este sentido, *vid.* mi estudio “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)”, Capítulo XXII del *Tratado de responsabilidad civil* (F. Reglero Campos, Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003 (2ª edic.), pp. 1876 y 1877. Por su parte, en la doctrina italiana, ASTONE precisa que en los casos en que los ISPs incurran en el incumplimiento de alguno de los deberes que resultan de los arts. 12, 13 y 14 de la Directiva 31/2000/CE, entonces se presume la culpa a efectos de integrar este presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual (*vid.* ASTONE, M<sup>a</sup>: “La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella Direttiva 2000/31/CE”, *Europa e diritto privato*, 2003-2, p. 444).

desarrollo de la *WWW*<sup>17</sup>. Seguía así la doctrina sentada por la Sentencia de 22 de junio de 1998 de la Corte Suprema de los EEUU en el caso de “*K. Zeran vs. American Online*”, en la que declaró que AOL no podía ser considerada responsable, exonerando, en consecuencia, al suministrador del acceso de toda responsabilidad en lo que concierne a las informaciones publicadas en su servidor comercial que emanen de terceros. En consecuencia, según la Corte Suprema, el proveedor de acceso no tiene ninguna obligación de suprimir de su servidor contenidos ajenos ilícitos, de manera que si decide voluntariamente hacerlo, será considerado que actúa simplemente como un *buen samaritano*<sup>18</sup>. La decisión de conformidad con la cual el proveedor de acceso AOL no podía ser considerado responsable en lo que concierne a daños por informaciones difamatorias publicadas en su servidor comercial emanadas de terceros, incluso si tuviese conocimiento de las mismas, se funda en la previsión expresa al respecto contenida en el párrafo 2º del § 230.c) de la *Telecommunication Act*, tras su modificación en el año 1996.

La opción que finalmente se ha impuesto en la Comisión y se ha reflejado en la Directiva, como exigencia de la regulación que hagan los Estados miembros, se ha plasmado en el art. 15.1 de la Directiva 2000/31/CE: “*Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas*”. Los fundamentos de esta regla son tanto de naturaleza económica y técnica, como jurídica. En efecto, por un lado, la regla tiene razón de ser en función del carácter gravoso que, desde las perspectivas económica y técnica, supondría para los intermediarios imponerles aquella obligación de control de todos los contenidos que transmitan o alberguen y que en la práctica supondría una obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de datos o hechos susceptibles de causar daños ilícitos, de imposible cumplimiento, al menos en el actual estado de la técnica —sin perjuicio de las afirmaciones que se realizan en el párrafo que sigue y de lo que de ellas se deriva—, dada la naturaleza de la red Internet —miles de páginas *web* susceptibles de ser modificadas en cada momento por sus abonados— frente al ejemplo representado por el editor clásico, cuyo ámbito de control se restringe al contenido de páginas fijas y no modificables. Desde la perspectiva estrictamente jurídica, resulta razonable no atribuir a los prestadores de

<sup>17</sup> En Francia, en el año 1996, el Ministro de Telecomunicaciones, M. FILLION, propuso el establecimiento de una obligación de policía de esta naturaleza a cargo de los proveedores de acceso, dirigida fundamentalmente a evitar la difusión en la red de contenidos penalmente reprobables, si bien gran parte de la enmienda propuesta fue rechazada por la decisión del *Conseil constitutionnel* de 23 julio 1996. Precisamente una de las reivindicaciones fundamentales de los ISPs durante la elaboración de la Directiva 2000/31/CE y su transposición era la previsión expresa del principio general de no obligación de supervisión de contenidos (así, v.gr., “Nota de prensa” hecha pública por la AEPSI el 27 febrero 2002 -[www.aepsi.org/documentos.html](http://www.aepsi.org/documentos.html)).

<sup>18</sup> Entre otros, VERBIEST, Th.: “Quelle responsabilité pour les acteurs de l’Internet? La diffusion d’informations sur le réseau peut-elle engager la responsabilité des partenaires techniques?”, *L’Echo*, 21 enero 1999 (Juris-com.net); THOUMYRE, L.: “Responsabilités sûr le Web: une histoire de la réglementation des réseaux numériques”, *Lex Electronica*, Vol. 6, núm. 1, primavera de 2000 (<http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm>), p. 13.

servicios de acceso y alojamiento de datos la función de supervisar contenidos y ello porque podría colisionar con los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información y con los arts. 20.2 de la CE (impide la restricción de aquel derecho mediante cualquier tipo de censura previa) y 10.1 del CEDH<sup>19</sup>.

Sin embargo, en el momento presente, los fundamentos mismos de la regla y, con ello, la regla misma y todo el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información diseñado en la Directiva sobre posibilidades técnicas existentes a finales de los años '90 del siglo pasado, han de someterse a revisión. En efecto, como nos refería LESSIG ya en 1999, existe un modelo preparado de selección de contenidos en Internet (*Plataform for Internet Content Selection*) que permite a quienes proporcionan acceso a la red filtrar los contenidos, pudiendo tener lugar esta supervisión en cualquier punto de la cadena de distribución, al tiempo que resulta posible clasificar cualquier contenido presente en Internet<sup>20</sup>. En el fondo, en estas nuevas estructuras de *software* —que LESSIG denomina *el código*— subyace la necesidad de asegurar e identificar la comunicación en Internet, así como proteger los derechos de propiedad intelectual.

Sin perjuicio de ello, la interdicción que recae sobre los legisladores nacionales en relación con la posibilidad de establecer una obligación general de control, no incluye la posibilidad de que esta obligación de supervisión se prevea por las autoridades nacionales para casos concretos (*ex Cdo. núm. 47 de la Directiva*) y, en particular, no es obstáculo a que un órgano jurisdiccional imponga a un ISP que preste servicios de alojamiento la adopción de medidas adecuadas y razonables tendentes a prevenir la reiteración de un determinado comportamiento ilícito<sup>21</sup>. En efecto, cuando, al amparo de las previsiones del art. 14 de la Directiva 2000/31/CE, el legislador español prevé la posibilidad de que un órgano jurisdiccional o administrativo ordene a los prestadores de servicios de *caching* o de *hosting* que impidan el acceso a determinados contenidos, indirectamente está contemplando la posibilidad de que para casos y sujetos concretos se les impongan obligaciones de supervisión y ello porque la actuación consistente en “impedir” exige la puesta en marcha de medios preordenados a evitar que una infracción se produzca si todavía no ha tenido lugar —o continúe produciéndose, si ya se ha producido—, lo que implica necesariamente un control previo. Esta imposición del deber concreto de control

<sup>19</sup> En este sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos”, *op. cit.*, p. 55. En razones similares a las expuestas en el texto había fundado el Tribunal civil de Roma su decisión de 4 de julio de 1998 en el asunto “*Banca Salento c./Pantheon*”. La entidad bancaria pretendía que se considerase como corresponsable de una información difamatoria vertida por un particular en un foro de opinión alojado en un *newsgroups* a la sociedad intermediaria demandada que permitía la conexión a éste. Frente a esta pretensión, el órgano jurisdiccional, asumiendo la tesis del abogado de la demandada, ZENO ZENCOVICH, considera que la información ilícita proviene de un particular al que no puede aplicarse los límites y el régimen de responsabilidad civil propio de las informaciones periodísticas, siendo la crítica una manifestación legítima de una opinión realizada al amparo de un derecho fundamental (*vid. DE ARCANGELIS, M.*: “La responsabilité des “fournisseurs d’hébergement. Etude de droit comparé entre la France et l’Italie”, en <http://www.droit-technologie.org>, 7 de noviembre de 2001, p. 10).

<sup>20</sup> *Vid. LESSIG, L.*: *El Código y otras leyes del ciberespacio (Code and other laws of cyberspace*, 1999), Ed. Taurus, Madrid, 2001, p. 326 y ss.

<sup>21</sup> En este sentido, VERBIEST Th./WÉRY, É.: *Le droit de l’internet et de la société de l’information*, Ed. Larcier, Bruselas, p. 231.

previo al ISP exige que la orden, judicial o administrativa, sea lo suficientemente precisa en orden a no trasladar al obligado la facultad de discernir lo prohibido de lo permitido<sup>22</sup>. En aquellos supuestos en los que las medidas que hayan de adoptarse en virtud de mandamiento de la autoridad judicial requieran la eficacia frente a proveedores de contenidos situados en terceros Estados planteará los problemas propios del *exequatur* y los derivados de las diferentes culturas jurídicas, de manera que frecuentemente habrán de ser adoptadas en relación con los proveedores de acceso nacionales. Los ejemplos que, en este sentido, nos muestra la realidad jurisprudencial comparada son ilustrativos. Así, por ejemplo, en el caso más conocido, la *Ordonnance de Référé* del TGI de París de 20 noviembre 2000, en virtud de la demanda interpuesta por la LICRA y la UEJF, obligó al portal estadounidense Yahoo! a poner filtros de software para impedir que los usuarios franceses pudiesen acceder a páginas norteamericanas de aquel servidor (ubicado en California) en las que se subastaban recuerdos de la época nazi<sup>23</sup>.

La regla general de no responsabilidad de los ISPs está en línea con las previsiones del § 512.b) de la DMCA, si bien en ésta la irresponsabilidad se condiciona al cumplimiento de un requisito (común a todos los ISPs) no previsto ni en la Directiva ni en la LSSICE, cual es el constituido por la exigencia de que el proveedor de servicios adopte y ponga en práctica una política tendente a interrumpir la prestación de servicios a los suscriptores y titulares de cuentas que cometen repetidamente infracciones. De aquí que la inobservancia de este requisito por los proveedores de servicios esté llevando a los tribunales de USA a declarar la actividad que algunos de éstos realizan fuera del ámbito de exclusión de la responsabilidad civil establecido al amparo del precitado § 512 DMCA<sup>24</sup>.

**3. Principio de cooperación.** Distinta de la obligación de supervisión que exigiría un comportamiento activo por parte del prestador de servicios es la imposición de la obligación de comunicar con prontitud a las autoridades competentes los presuntos contenidos o actividades ilícitas de que tengan conocimiento o, a solicitud de aquellas autoridades los datos que permitan la identificación de los usuarios de sus servicios. Estas obligaciones pueden imponerse de acuerdo con la previsión expresa del pf. 2º del art. 15 de la Directiva. Estas posibilidades se traducen en las previsiones que se exponen en el siguiente epígrafe acerca de las circunstancias exigidas a los prestadores de servicios *on-line* que realicen actividades de *hosting* o de *linking* para que puedan exonerarse de responsabilidad civil y en el deber de colaboración que se les impone en el art. 11 de la LSSICE. En todo caso, precisamente con la finalidad de respetar los derechos fundamentales a comunicar y difundir libremente los pensamientos y la información, acaso la obligación que en

<sup>22</sup> PEGUERA POCH, M.: “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”, *op. cit.*, p. 50.

<sup>23</sup> *Vid.*, entre otros, THOUMYRE, L.: “Responsabilités sûr le Web: une histoire de la réglementation des réseaux numériques”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>24</sup> Así, en el asunto “*Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures Inc*”, WL 731721 [C.D.Cal., April, 22, 2002].

el precitado precepto se establece, acerca de la obligación de identificar a los destinatarios de los servicios debiera ser objeto de una precisión mayor en orden a determinar los presupuestos que han de concurrir para que se pueda solicitar dicha información y el prestador de servicios esté obligado a comunicarla.

4. **Principio de reacción diligente.** Sobre los prestadores de servicios que permitan o faciliten el acceso, la transmisión, el almacenamiento o la localización de contenidos en la red se impone la obligación de interrumpir, tan pronto como resulte técnicamente posible y en la medida en que sea posible, las prestaciones a las que se hayan obligado contractualmente o realice sin existencia de vínculo negocial alguno respecto de páginas con contenidos que resulten ilícitos a las que preste alguno de aquellos servicios desde el mismo momento en que tenga conocimiento de su ilicitud porque así lo haya declarado una autoridad administrativa o judicial. El incumplimiento culposo de esta obligación —y el cumplimiento tardío lo es— permite imputar la responsabilidad civil al prestador de aquellos servicios.

### ***1.3. Solidaridad entre el autor de los contenidos ilícitos y el ISP***

Apreciada la responsabilidad civil de un ISP de conformidad con lo dispuesto en los arts. 13 a 17 de la LSSICE, ésta concurrirá con la del autor de los contenidos o de las informaciones ilícitas a la que aquel prestador de servicios de intermediación permite el acceso. En este caso, se aplicará el régimen ordinario de responsabilidad civil en caso de existencia de una pluralidad de responsables, habiendo consagrado la doctrina jurisprudencial la aplicación de la solidaridad en los supuestos de responsabilidad por hechos ilícitos, nada permite sostener que la regla aplicable sea otra —la mancomunidad— en estos supuestos<sup>25</sup>.

## **2. Régimen de responsabilidad civil en función del concreto servicio prestado por los ISPs**

### ***2.1. Planteamiento global***

De acuerdo con el tenor de la Sección 4ª Directiva 2000/31/CE, en la Sección 2ª del Capítulo II, del Título II de la LSSICE, el legislador español ha previsto diferentes regímenes de responsabilidad civil en función de la *actividad* —o tipo de conducta (los *safe harbor* o puertos seguros del modelo norteamericano constituido por la DMCA)— realizada en el supuesto concreto por el prestador de los servicios de intermediación en la red y no en función del tipo de operador de que se

---

<sup>25</sup> En este sentido se ha pronunciado con toda nitidez CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Responsabilidad civil”, *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento (Un análisis multidisciplinar)*, *op. cit.*, pp. 61 y 62. Menos contundente es la opinión de CELEMENTO MEORO, quien diferencia la responsabilidad del ISP de la responsabilidad del autor de los contenidos, pudiendo ser imputadas separadamente, lo que, sin embargo, no obsta la concurrencia y la necesidad de discernir el régimen aplicable a este supuesto. Vid. CLEMENTE MEORO, M. E.: “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, *Responsabilidad civil y contratos en Internet (Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, *op.cit.*, p. 115.



trate. Este modo de proceder tiene su razón de ser en que actividades de naturaleza aparentemente técnicas y que se presentan como tales, pueden convertirse en actividades de producción o de edición del contenido en función del comportamiento del prestador de los servicios o de la existencia de ciertas obligaciones contractuales por él asumidas que implicarían la inadecuación de la calificación de su actividad como estrictamente técnica. En el caso de que así sea, le convendrá al prestador de estos servicios la aplicación del régimen de responsabilidad civil general que opera respecto del autor de los contenidos y ello porque el régimen de exención de responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación encuentra su razón de ser, de conformidad con las consideraciones expresas que ha realizado el legislador comunitario en el Cdo. 42 de la Directiva 2000/31/CE, en el hecho de que el prestador de servicios de la sociedad de la información se limite al proceso técnico de explotar y de facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Puesto que esta actividad es de naturaleza estrictamente técnica, automática y pasiva, el prestador de servicios de intermediación no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada y, en consecuencia, no puede hacerse responsable de los daños que aquélla pueda ocasionar.

## 2.2. Actividades no tipificadas

En segundo lugar, en este ámbito de descripción general del sistema, ha de precisarse que, también a tenor de la correspondiente Directiva, el legislador español sólo contempla determinadas actividades que pueden desarrollar los ISPs. Se trata de las actividades que consisten en proveer el acceso a la red, transporte de la información y de alojamiento y almacenamiento temporal de datos, tanto bajo la forma de *caching*, como de *hosting*. Las demás actividades, no tipificadas expresamente en la LSSICE, entre las que destacan las de producción y de edición, están sometidas al régimen general de responsabilidad civil (*ex art. 13 de la LSSICE*), al igual que cualquier prestación de servicios prestada *off line*.

En este ámbito, un considerable número de resoluciones jurisprudenciales norteamericanas —muchas de ellas relativas a *Playboy Enterprises*— han caracterizado la puesta a disposición de obras protegidas en un sitio *Web* o en un BBS (sistema de tablero de anuncios), para que sus clientes las descarguen desde sus terminales informáticas, como una “distribución de ejemplares” que genera la responsabilidad directa del operador del sitio *Web* o del BBS por infracción del derecho de autor<sup>26</sup>. En sentido contrario, la Sentencia de la Corte de Apelación del Noveno Circuito de 10 de febrero de 2004 —*H. Ellison contra S. Robinson y AOL Inc.*— consideró que al funcionar el tablón de anuncios —USENET— en la modalidad *peer to peer* (P2P) o con conexión directa entre los ordenadores de los usuarios y sin intervención de

<sup>26</sup> Entre otros, “*Playboy v. Hardenburgh*”, 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997); “*Playboy v. Webworld*”, 991 F. Supp. 543 (N.D. Texas 1997); “*Marobie Fla. v. Nafed*”, 983 F. Supp. 1167 (N.D. Illinois 1997).

un servidor central propiedad de *AOL Inc.*, esta compañía no ha incurrido en responsabilidad civil derivada de la reproducción ilícita de fragmentos de una obra literaria determinante de la infracción de los derechos de autor<sup>27</sup>. En la Sentencia se niega, de manera rotunda, que *AOL Inc.* pueda ser considerada responsable en concepto de *vicarious liability* pues para ello sería necesaria la existencia de conexión causal directa entre el beneficio obtenido por el ISP por la prestación del servicio USENET y la realización del acto ilícito; si bien se deja abierta la posibilidad de que pueda acreditarse que el ISP —en este caso *AOL Inc.*— haya contribuido materialmente a la infracción mediante la puesta en funcionamiento de aquel servicio de de tablón de anuncios, o que conocía o debía conocer que se estaba utilizando para intercambiar, de manera ilícita, obras y prestaciones objeto de protección como derechos de propiedad intelectual, en cuyo caso la responsabilidad civil en la que habría incurrido el ISP habría de ser calificada como *contributory liability*.

Mención aparte acaso merezca la actividad consistente en la prestación del servicio de búsqueda de contenidos o de enlaces con otras páginas de la red (*linking*) que no ha sido sometida por la legislación comunitaria a un régimen jurídico propio, apartándose así del modelo constituido por la DMCA que disciplina expresamente la responsabilidad por el establecimiento de enlaces (*links*) y servicios de direccionamiento similares y a los que el legislador español —al igual que algún otro legislador nacional del ámbito de la UE (*v.gr.*, § 14 de la *E-CG* austriaca)— ha dedicado el art. 17 de la LSSICE.

La aplicación de los principios enunciados en los epígrafes precedentes a la actividad de los distintos prestadores de servicios de Internet conduce a las siguientes previsiones, realizadas respecto de cada uno de ellos en la LSSICE, sin perjuicio de que la realidad muestre que frecuentemente los operadores de telecomunicaciones prestan simultáneamente varias de las actividades de intermediación de las que, a continuación, se relacionan, en cuyo caso habrá de estarse, en orden a la precisión del régimen de responsabilidad civil en virtud del que haya de enjuiciarse la conducta, en el marco de la prestación cuál de aquellas actividades se ha realizado la conducta lesiva.

### **2.3. Operadores de redes y proveedores de acceso**

La prestación de los servicios calificados como de *mera transmisión* o mera conducción (*routing*) en el art. 12 de la Directiva 2000/31/CE incluye la actividad realizada por los operadores de redes y por los proveedores de acceso que prestan exclusivamente servicios de transmisión y acceso —suministran al destinatario el servicio de conexión a Internet, desde su propio ordenador o red local, previa

---

<sup>27</sup> El caso objeto de litis es, sucintamente contado, el siguiente: Harlam Ellison es un conocido escritor de obras de ciencia ficción que descubre, de manera casual, que algunos fragmentos de sus novelas más conocidas se han puesto a disposición del público en Internet, a través de un tablón de anuncios (USENET) del que es responsable Steve Robinson y que funciona en la modalidad *peer to peer* (P2P) y al que tienen acceso los usuarios de un conocido proveedor de servicios de Internet en USA (*Ameria Online, Inc.*). *Vid.* una completa referencia de esta Sentencia realizada por I. GARROTE en *pe.i. Revista de propiedad intelectual*, núm. 18, septiembre/diciembre de 2004, pp. 159 y 160.

conexión al proveedor del servidor<sup>28</sup>—, incluyendo el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red y la duración del almacenamiento no supere el tiempo razonablemente necesario para este fin (art. 14 LSSICE). Dicho de otra forma, dentro del ámbito de los operadores de esta actividad de intermediación y sometida a su mismo régimen se incluye la de almacenamiento de datos que requiere la prestación del servicio de acceso y la transmisión de los datos de acuerdo con los medios técnicos empleados, sin que pueda confundirse este almacenamiento transitorio con el realizado bajo la demanda del destinatario del servicio, ni tampoco con el almacenamiento automático intermedio y temporal con la finalidad de la facilitar accesos o consultas ulteriores (*system caching*), siendo estas últimas actividades propias de los ISPs contempladas de manera autónoma (arts. 14 de la Directiva 2000/31/CE/16 LSSICE y 13 de la Directiva/15 LSSICE, respectivamente).

La exención de responsabilidad civil exige que ellos mismos no hayan originado la transmisión de la información, que los archivos que transmiten no hayan sido modificados —sin que pueda entenderse modificado por la manipulación estrictamente técnica de los mismos que tiene lugar durante su transmisión— o seleccionados éstos o los destinatarios de los mismos. En efecto, la irresponsabilidad civil —y penal— de los ISPs que realicen las actividades descritas presupone su no implicación de ninguna manera en los contenidos o informaciones que transmiten o a las que facilitan el acceso (Cdo. núm. 43 Directiva), explicitando la propia Directiva (Cdo. núm. 44) que un prestador de servicios que colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio con la finalidad de cometer actos ilícitos o ilegales rebasa las actividades de mero transporte y, en consecuencia, se sitúa al margen del manto de irresponsabilidad por contenidos ajenos que le proporciona la Ley. Interpretando este precepto, CAVANILLAS precisa que no impone al ISP un deber de no originar la transmisión o de no modificar los datos objeto de la misma, sino que el hecho de realizar estas acciones supone la pérdida de la neutralidad tecnológica en la que se funda la exención de responsabilidad civil y, con ello, la posibilidad de imputación con fundamento en alguno de los posibles criterios que lo permiten<sup>29</sup>.

Sobre el presupuesto constituido por la inexistencia de una obligación general de supervisión (*ex art. 15 Directiva 2000/31/CE*), el art. 14 de la LSSICE, de acuerdo con las exigencias del art. 12 de la Directiva 2000/31/CE, consagra el principio de neutralidad de los operadores de redes y proveedores de acceso, siempre y cuando limiten su actividad a proporcionar el acceso a una red y a facilitar la conducción de contenidos o datos de autoría ajena, entendidas estas actividades en sentido estricto. Dicho de otra forma, si los operadores de redes y proveedores de acceso sólo operan

<sup>28</sup> La gestión de las redes y el acceso a la actividad por un operador se regula actualmente por la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones* [BOE núm. 264, de 4 de noviembre] (que deroga la *Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones* [BOE núm. 99, de 25 abril]) y por su normativa reglamentaria de desarrollo.

<sup>29</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Responsabilidad civil”, *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento (Un análisis multidisciplinar)*, *op. cit.*, p. 51.

con esta cualidad, sobre ellos no recae ninguna obligación de supervisión de los contenidos a los que facilitan o permiten el acceso, ni de búsqueda de indicios de actividades ilícitas, ni de proporcionar mecanismos de filtrado de determinados contenidos o de información y sensibilización a sus abonados acerca de la existencia de determinados contenidos, ni siquiera, por último, de actuar de manera diligente para descubrir y bloquear el acceso a contenidos o informaciones ilícitas<sup>30</sup>. Esta última afirmación ha de matizarse tanto en el sentido de que pueden ser legitimados pasivos en el ejercicio de la acción de cesación regulada en los arts. 30 y 31 de la LSSICE, pues, interpretadas estas previsiones de conformidad con las premisas de la Directiva, las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación no afectan a la posibilidad de entablar frente a ellos acciones de cesación (Cdo. núm. 45 y arts. 12.3, 13.2 y 14.3 Directiva 2000/31/CE), como en el derivado de la necesidad de poner de relieve que la exoneración de responsabilidad de estos ISPs no se extiende al prestador que colabora de alguna manera que le sitúe al margen de lo que es la actividad de prestación de servicios de acceso o de transmisión de los contenidos ajenos *stricto sensu*, así como en función de las exigencias del deber de colaboración con el órgano administrativo competente que se imponen a todo prestador de servicios de intermediación en el art. 11 de la LSSICE —que encuentra su amparo en el núm. 3 del art. 13 de la Directiva 2000/31/CE para los proveedores de acceso— en orden a interrumpir la prestación de un servicio o a retirar determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España en caso de que para ello fuese necesaria la colaboración de los ISPs.

El tenor literal del artículo 14 de la LSSICE impide incluso la imputación de responsabilidad civil —y penal— a los operadores de redes y proveedores de acceso que habiendo tenido conocimiento de la presencia de contenidos o informaciones ilícitas ajenas en la red, se hayan abstenido de intervenir para bloquear el acceso a las mismas. Con ello se evita el riesgo de pronunciamientos judiciales como el contenido en la Sentencia dictada por el *Amtsgericht* de Munich el 28 de mayo de 1998, condenando —y apreciando responsabilidad criminal (*ex art. 2.3 Strafgesetzbuch*, interpretado de conformidad con el art. 5.2 TDG, en que se regula la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, estableciendo como condiciones de exoneración tanto el no conocimiento de los contenidos ilícitos, como la incapacidad técnica para neutralizar su utilización, como, por fin, el carácter no razonable del bloqueo del acceso a aquellos contenidos)— al Director de la empresa *CompuServe-Deutschland* por facilitar el acceso a sus clientes alemanes a *newsgroups* de contenido pornográfico de carácter pedofílico, zoofílico y violento albergados en EEUU por *Compuserve Inc.*, mediando conocimiento de dicho contenido por

<sup>30</sup> Que resultaba, *v.gr.*, de los pronunciamientos realizados *obiter dicta* en la resolución del *Arrondissementsrechtbank* de la Haya de 12 de marzo de 1996 (*CTRL.*, vol. 3, 1997, pp. T-13). También resulta la atribución de un papel activo del suministrador de accesos a Internet del pronunciamiento realizado por la sala civil del *Tribunal de première instance* de Namur en su *ordonnance de référé* de 11 de febrero de 1997 (no publicada, *vid.* el comentario realizado por N. IDE, “Responsabilité des fournisseurs d’accès - Belgique”, en <http://www.droit-technologie.org>, 14 de noviembre de 1998).

el proveedor del acceso, argumentando sobre la posibilidad de bloquear el acceso de los abonados alemanes a los mencionados contenidos ilícitos, de manera que, a juicio del Tribunal, si no actuó así, lo hizo en aras a la obtención de un provecho económico. Con todo, el pronunciamiento de condena fue posteriormente revocado en virtud de la Sentencia dictada en apelación por el *Landgericht* de Munich el 17 de noviembre de 1999<sup>31</sup>, sobre la afirmación de la imposibilidad técnica de que un proveedor de acceso alemán —que tiene una personalidad diferente del prestador de servicios de alojamiento— bloquee informaciones o contenidos provenientes de un servidor situado en EEUU, resultando entonces de aplicación el art. 5.3 del TDG, de conformidad con el cual el prestador de servicios que únicamente facilite el acceso a contenidos ajenos ilícitos no puede ser considerado responsable.

La opción legislativa asumida por el legislador comunitario hunde sus raíces en el deseo de evitar cualquier posibilidad de control y/o de censura de contenidos ajenos por los operadores de redes y proveedores de acceso a ellas. Al establecer su irresponsabilidad en aquellos supuestos en los que no hayan interferido o colaborado de ninguna manera en los contenidos o informaciones a los que facilitan el acceso, se viene a consagrar el principio de actuación neutral de aquellos prestadores de servicios respecto de los contenidos. De acuerdo con lo afirmado parece que el régimen de responsabilidad civil diseñado para los ISPs que ahora nos ocupan es más laxo que el que resultaría de la aplicación del régimen común de responsabilidad subjetiva *ex arts.* 1902 y concordantes del Cc, pues no resulta difícil imaginar hipótesis en las que se pueda apreciar la negligencia —fundamentalmente derivada del conocimiento, por cualquier medio, de los contenidos ilícitos— del prestador del servicio de acceso a la red. Sin perjuicio de ello, al amparo de la previsión realizada por el legislador comunitario en el apartado 3º del art. 12 de la Directiva 2000/31/CE, reservando a los legisladores estatales la posibilidad de prever que a un órgano jurisdiccional o administrativo le sea atribuida la posibilidad de exigir del prestador de servicios de intermediación que ponga fin a una infracción o que la impida, el legislador español, en el art. 11 de la LSSICE, atribuye a los órganos administrativos competentes, bien directamente, bien mediatamente a través de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o del organismo competente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio —sin perjuicio de que esta facultad también compete a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de esta función—, la facultad para exigir a los ISPs la colaboración necesaria para impedir el acceso o retirar determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España si para ello es necesario suspender la transmisión o el acceso a las redes de telecomunicación. De esta manera, si una autoridad administrativa o judicial le ordena al ISP cesar en la transmisión de determinados contenidos y este cese es técnicamente posible, el ISP no puede alegar, a partir de este momento, que su actuación es conforme con las exigencias del art. 14 de la LSSICE, pudiendo incurrir

<sup>31</sup> Aktenzeichen: 20 Ns 465 Js 173158/95 (AG München I) Entscheidung vom 17. November 1999 (*NJW* 2000, p. 1051 y ss.). El texto completo puede verse en [http://www.netlaw.de/urteile/lgm\\_12.htm](http://www.netlaw.de/urteile/lgm_12.htm).

en responsabilidad civil por hecho propio. Sin embargo, el legislador español no ha impuesto a los operadores de redes y proveedores de acceso ninguna obligación de control *a priori* de los contenidos, que es una posibilidad que parece admitirse dentro de la letra del inciso final del art. 12.3 de la Directiva 2000/31/CE, de acuerdo con algunos de sus más prestigiosos intérpretes<sup>32</sup>. La opción del legislador español ante la inseguridad jurídica que la opción por esta última posibilidad produciría, así como la dificultad de perfilar sus límites —en todo caso, exigiría que el control previo fuese temporal y sobre concretos *sites* o grupos de discusión debidamente identificados—, dada la ausencia de los mismos en la norma comunitaria, así como las dificultades de encaje que produciría al ponerla en contraste con la regla de la inexistencia de una obligación general de supervisión que recaiga sobre aquellos ISPs, ha de considerarse afortunada.

Los supuestos que a continuación se enuncian son aquéllos en los que es posible la imputación de responsabilidad civil a los operadores de redes y proveedores de acceso a la red:

- a. En el caso de que el operador de red o el proveedor de acceso haya originado la transmisión.— La imputación de responsabilidad civil exige que haya sido el ISP quien haya tomado la iniciativa de llevar a cabo la transmisión concreta.
- b. En el caso de que el propio operador de red o proveedor de acceso modifique o seleccione de los datos transmitidos o a los que se permite el acceso. No se puede incluir en este supuesto la operación meramente técnica consistente en el almacenamiento provisional y transitorio de los datos con la finalidad de ejecutar la transmisión, ni tampoco aquellas modificaciones o alteraciones realizadas por razones estrictamente técnicas, como puede ser la fragmentación en paquetes de datos empleando la tecnología *packet switching transmission* y similares que no afectan al contenido. Reproducciones intermedias que, en múltiples ocasiones, no lo son de toda la obra, sino de un fragmento amorfo de la misma (un grupo de bits seleccionados al azar por los protocolos TCP/IP y enviados cada uno por un camino diferente, sin perjuicio de que a lo largo del proceso de transmisión en la red se realicen copias completas de la obra en determinados puntos).
- c. En el caso de que el operador de red o proveedor de acceso seleccione a los destinatarios de los datos que transmite.— Se entiende que en estos supuestos el operador de red o el proveedor de acceso ha realizado una actividad que rebasa la de mera intermediación regida por el principio de neutralidad técnica, al tomar la iniciativa en la selección de los destinatarios de determinados contenidos, de manera que se presume que ha tenido capacidad de control sobre éstos. Por otra parte, es posible que en estos supuestos de selección de destinatarios el ISP pueda incurrir también en responsabilidad

---

<sup>32</sup> Así, JULIÀ-BARCELÓ, R./MONTERO, É./SALAÛN, A.: “La proposition de Directive européenne sur le commerce électronique: Questions choisies”, *op. cit.*, p. 40.

por incumplimiento de las normas reguladoras de la protección de datos de carácter personal.

- d. Incumplimiento del deber de colaboración impuesto en el art. 11 LSSICE en el caso de que una orden emanada de la autoridad, judicial o administrativa, competente haya acordado la suspensión de la transmisión y se le haya notificado al ISP afectado. El Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 3 de noviembre de 2004 [AC 2004\45], precisa que no es posible atribuir a quienes prestan servicios de acceso a Internet y de alojamiento de máquinas responsabilidad civil al margen del deber general de colaboración con las autoridades *ex art. 11 de la LSSICE*.

#### **2.4. Prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (servicio de memoria tampón o *cacheing*)**

La Directiva 2000/31/CE (art. 13) y la LSSICE (art. 15) —y en línea con las previsiones del § 512.b) DMCA— contemplan en segundo lugar la regla general de irresponsabilidad extracontractual de aquellos ISPs que sólo prestan el servicio consistente en el almacenamiento de forma automática, provisional y temporal, de los datos facilitados por un prestador, ya previamente transmitidos a petición de otro usuario, con la única finalidad de hacer más eficaz su ulterior transmisión a los usuarios que soliciten la transmisión en un momento posterior. Esta técnica, que recibe el nombre de *cacheing* —englobándose en la denominación las modalidades técnicas de *system* o *proxy cacheing* y *mirror cacheing* (quien solicita el URL puede ser, a su vez, un servidor)—, permite mejorar los tiempos de conexión a *sites* alejados al desatascar la red e incrementa sus prestaciones, normalmente redirigiendo las peticiones de los interesados a los servidores más cercanos, reduciendo el tiempo medio de descarga de contenidos para el mismo ancho de banda (el *cache* almacena los contenidos *web* —HTML, imágenes, javascript, etc.— más visitados)<sup>33</sup>.

Ha de precisarse ya que la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información establece cuáles de los actos de reproducción provisional deben ser autorizados por el autor —o compositor, si hablamos de obras musicales— y cuáles quedan al margen de su facultad de interdicción. En principio, la reproducción de una obra o prestación protegida —aun de forma temporal, como la que se genera en la memoria RAM del ordenador del usuario— requeriría la autorización de los derechohabientes, de conformidad con las exigencias que para la reproducción de la obra protegida se previenen en el art. 2 de dicha Directiva 2001/29/CE.

Con la finalidad de solucionar los problemas que plantea la explotación de las obras a través de las nuevas tecnologías en el marco del derecho de explotación, el art. 2 de la Directiva 2001/29/CE, dispone que “*los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta,*

<sup>33</sup> Es el caso, *v.gr.*, del sistema de optimización de los servicios de los usuarios de banda ancha denominado *proxy-cache* incorporado por Telefónica-España.

*temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte: a) a los autores, de sus obras; b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisoras, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite*". El concepto de *reproducción* que se deriva de esta disposición se traspone en virtud del "Proyecto de Ley de reforma del TRLPI" de julio de 2005, en la nueva redacción que se pretende del art. 18 del TRLPI, incluyendo en el concepto de reproducción "*la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación y la obtención de copias*".

A su vez, la Directiva 2001/29/CE prescribe una excepción que, con carácter obligatorio, han de prever los distintos legisladores nacionales, en virtud de la cual quedan exceptuados del monopolio del autor, precisamente, de conformidad con su art. 5.1, los actos de reproducción provisional "*que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya finalidad consista en facilitar:*

- a. Una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o*
- b. Una utilización lícita, de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente*".

Entonces, de conformidad con las previsiones de la Directiva 29/2001/CE, el derecho a impedir la reproducción provisional de una obra o prestación protegidas que no tenga por sí misma un significación económica independiente, sino que tenga un carácter transitorio e instrumental de un proceso tecnológico cuya finalidad sea la de facilitar su transmisión en red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita de la obra protegidas, no forma parte del contenido del *ius prohibendi* atribuido al autor y ello porque, implícitamente, tanto las copias RAM, como las copias *caché*, se consideran accesorias y carentes de una significación económica independiente<sup>34</sup>. La finalidad de la norma trascrita es doble; a saber: a) facilitar la transmisión en red de una obra protegida entre terceras personas, a través de un intermediario; b) eximir del ámbito de derecho de reproducción del art. 2, directiva actos de utilización de obras o prestaciones protegidas carentes de significación económica independiente. El establecimiento a nivel comunitario —dado el carácter transfronterizo que presentarán en muchas ocasiones— de

<sup>34</sup> Sobre el alcance de esta excepción, HUGENHOLTZ, P. B.: "Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying", *E.I.P.R.*, 2000, p. 488; GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet*, Ed. Comares, Granada, 2003 (2ª), p. 340 y ss. (si bien, no comparte el presupuesto, de manera que preconiza que, al menos en lo supuestos de transmisiones interactivas, sea necesaria la autorización separada para la realización de las copias. También MASSAGUER cuestiona el presupuesto en tanto que la copias también proporcionan una mayor rapidez de acceso que determina que los proveedores de acceso que disponen de ellas sean más competitivos [*pe.i.*, núm. 13, 2003, p. 42]); DE ROMÁN PÉREZ, R.: *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Ed. Reus-AISGE, Madrid, 2003, pp. 282 y 283.



esta excepción resulta fundamental en orden a permitir necesarias reproducciones efímeras subordinadas a un uso final.

La redacción que se da en la proyectada reforma al art. 31 del TRLPI en el “Proyecto de Ley” de julio de 2005 (similar al hecho público por el MECyD en fecha 23 de enero de 2003 y al “Anteproyecto de noviembre de 2002”) ha merecido una cálida acogida por los ISPs<sup>35</sup>. De conformidad con el proyectado art. 31.1 del TRLPI en el “Proyecto de Ley de 2005”, “*No requerirán autorización del autor (“están exentos del derecho de reproducción”, se decía en los anteriores “Anteproyectos” de 2002 y de 2003) los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 (del TRLPI, que también se reforma) que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integral y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley*”<sup>36</sup>. El precepto contempla un apartado 2º en el que se precisa que no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa que se contempla en el art. 25 del TRLPI, de conformidad con el “Proyecto de Ley” de julio de 2005, a favor de los autores de las obras explotadas públicamente, a caro de los fabricantes que actúen como distribuidores comerciales.

Estas previsiones conllevan que, como regla general, en el significativo ejemplo de la transmisión de obras musicales por Internet, el responsable de la transmisión que cuenta con autorización para ello, no queda obligado a solicitar un consentimiento adicional para la reproducción de las obras en las copias *caché* o almacenadas en la memoria RAM de los ordenadores de los usuarios. Dicho en otras palabras, la excepción prescripta por el art. 5.1 de la Directiva 29/2001/CE abarca las reproducciones de material infractor realizadas por los prestadores de servicios de intermediación como actos de “mera conducción” y de *system caching* (copias RAM y actos de *browsing*).

---

<sup>35</sup> En efecto, en los “comentarios” al Borrador de Anteproyecto de Ley de 7 de noviembre de 2002 de reforma del RD-Leg. 1/1996, hechos públicos por la “Asociación Española de Proveedores de Servicios de Internet” (AEPSI), se señala expresamente que la excepción de la protección de las “reproducciones provisionales” constituye un acierto “*ya que para el normal y correcto funcionamiento de los sistemas de transmisión de redes suele ser necesario realizar una serie de fijaciones temporales que únicamente poseen carácter técnico, cuya finalidad es hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, y cuyo sometimiento al régimen general de los derechos de propiedad intelectual podría dar lugar a la inoperatividad de los sistemas*” (en [www.aepsi.org](http://www.aepsi.org)).

<sup>36</sup> El precepto proyectado se ha criticado, con razón, desde la perspectiva de la imprevisión de límites a la copia privada en el entorno digital, ni siquiera en la medida en que la Directiva 29/2001/CE los propicia, de manera que aquéllos quedan al arbitrio de la voluntad de los titulares de los derechos de reproducción y del contenido de las licencias de uso, dentro de los márgenes que permitan las medidas tecnológicas. Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R.: “La copia privada digital”, *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 14, mayo-agosto 2003, especialmente la p. 37. Vid., más ampliamente, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Comares, Granada, 2005, especialmente las p. 189 y ss., donde preconiza que el legislador español debería admitir y garantizar una única reproducción digital para uso privado a favor del usuario legítimo.

## 2.5. Prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (*hosting*)

Contempla también la LSSICE, en su art. 16 (art. 14 de la Directiva 2000/31/CE), la disciplina normativa que en el ámbito de la responsabilidad civil rige la actividad de aquellos prestadores intermediarios de servicios de la sociedad de la información que consiste en el alojamiento o almacenamiento de datos (*hosting*). Estos servicios —fruto de la actividad prestada por los también llamados “proveedores de espacio”— consisten en alojar, almacenar y dar un determinado tratamiento a las informaciones o contenidos a petición de un sujeto destinatario de este servicio. Acaso se trate de la más sensible de las actividades realizadas por los ISPs contemplados en la LSSICE y ello porque es en el propio ordenador de estos intermediarios en donde se almacenan los contenidos, también los potencialmente ilícitos.

De conformidad con la regla general —ya conocida— en materia de responsabilidad civil en que se funda el sistema de la LSSICE, el ISP que sólo se ocupe de albergar o almacenar datos o informaciones proporcionadas por el destinatario de la prestación de este servicio, no será responsable por la información almacenada a petición del interesado —destinatario del servicio— y ello porque, utilizando una expresión acuñada por CARRASCO, únicamente está poniendo *un bien de utilización neutra a disposición de un tercero*<sup>37</sup>, siempre que se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes (art. 16 de la LSSICE) y siempre y cuando el destinatario del servicio no opere bajo la dirección, autoridad o control del prestador (sea un tercero ajeno, excluyendo de conformidad con este último inciso, la posibilidad de que el prestador del servicio de *hosting* pueda alegar su exención de responsabilidad en aquellos supuestos en los que la información sea albergada en un foro o en el seno de un grupo de noticias en el que exista un moderador dependiente del prestador, con capacidad y posibilidad de control efectivo de los contenidos):

1. **No tenga conocimiento efectivo**, —o no conozca *realmente*, en expresión utilizada por la Propuesta modificada de Directiva de 17 agosto 1999 (art. 14.1)— de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de ser tutelados a través del instituto de la responsabilidad civil. Este conocimiento efectivo, que ha de probar quien pretenda una indemnización a cargo del ISP de *hosting*, puede haberse obtenido por cualquier mecanismo o procedimiento. Entre éstos, la LSSICE señala, sin pretensión de ofrecer una enumeración exhaustiva, sino a modo de ejemplo, los tres siguientes:
  - a. Conocimiento de una resolución dictada por una autoridad judicial o administrativa competente que declare la ilicitud del contenido alojado.
  - b. En segundo lugar, la LSSICE prevé que el conocimiento de la ilicitud de los contenidos alojados, habilitador de la acción de responsabilidad civil, provenga de la puesta en marcha de procedimientos aplicados, en virtud de acuerdos voluntarios de los que forme parte el prestador del servicio o de

<sup>37</sup> CARRASCO PERERA, Á.: “Comentario al artículo 133 del TRLPI/1996”, *Comentarios a la LPI, op. cit.* (2ª), p. 1760.

cualquier medio de detección (y/o retirada) aplicado por iniciativa del propio ISP e incluso previsto como cláusula contractual expresa<sup>38</sup>. Esta posibilidad de que el prestador de servicios de alojamiento descubra por sí mismo la ilicitud de los contenidos alojados puede situarle en una posición incómoda. En efecto, más allá de aquellos supuestos de contenidos o informaciones que no pueden ser calificados sino de ilícitos por serlo de manera manifiesta (*v.gr.*, imágenes de pedofilia, prostitución de menores, incitación a la xenofobia, infracciones evidentes de derechos protegidos por la propiedad intelectual, informaciones de carácter manifiestamente ultrajante o, en general, cualquier actividad prohibida y respecto de la de que pueda apreciarse la contravención *prima facie*, como puede ser el comercio de sustancias prohibidas o, en el caso de países en los que exista una norma prohibitiva expresa —caso de Alemania, Francia, Austria y Suiza—, contenidos revisionistas del genocidio cometido por el régimen nacional-socialista), cuando aquella calificación pueda ser discutida o, al menos, exija un análisis en el que concurran argumentos en uno y otro sentido, el prestador de servicios de alojamiento puede verse condicionado por la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil por no retirar o impedir el acceso a aquellos contenidos no manifiestamente ilícitos y que podrá ser ejercitada frente a ellos por los terceros perjudicados, al amparo de las previsiones del art. 16 LSSICE, frente a la posibilidad representada por el ejercicio de una acción de responsabilidad civil contractual que pueda ejercitar su cliente —destinatario del servicio de alojamiento y autor de los contenidos o informaciones— por retirar o impedir el acceso a contenidos a los que contractualmente se había obligado a dar alojamiento y que resultan ser materiales lícitos. En consecuencia, la prudencia parece que habrá de regir la actuación del ISP, de manera que su reacción sea lo suficientemente diligente en orden a no incurrir en la responsabilidad civil extracontractual prevenida en el art. 16 LSSICE, pero no precipitada e irreflexiva, de manera que pueda incurrir en un incumplimiento contractual. En gráfica expresión debida a JULIÀ-BARCELÓ/MONTERO/SALAÜN, el prestador de servicios de alojamiento, habrá de “*actuar deprisa (...) sin actuar demasiado deprisa*”<sup>39</sup>.

c. Por último y, en expresión ambigua contenida en el inciso final del pf. 2º del núm. 1 del art. 16 de la LSSICE, por cualesquiera otros medios de conocimiento efectivo *que pudieran establecerse*, bien convencionalmente por acuerdo de las partes, bien por una norma jurídica.

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, las empresas proveedoras de servicios de Internet asociadas a ASIMELEC han elaborado, en noviembre de 1999, un *Código de deontología profesional*, en el que se comprometen, entre otras cosas, “*a no utilizar cualquier información que, según su conocimiento o creencia, sean falsos o engañosos [...] evitar la difusión de mensajes de carácter ilegal o que sean susceptibles de atentar contra la dignidad humana y en especial velarán por una adecuada protección de la infancia y la juventud*” (art. 3), así como a promocionar entre sus clientes el uso de software de filtrado de determinados contenidos (art. 19). Por su parte, M. VIVANT (*Les contrats du commerce électronique*, Ed. Litec, París, 1999, p. 44 [§ 32]) recoge la cláusula prevista en los contratos de alojamiento de páginas web de “Euro Ambulance” del siguiente tenor: “*El cliente tendrá libertad para determinar el contenido de su servicio. Sin embargo, el proveedor se reserva el derecho de controlar el contenido de las páginas Web que, en ningún caso, deberán contener informaciones que contravengan la legislación francesa, tengan carácter pornográfico, violento, religioso u obsceno*”.

<sup>39</sup> JULIÀ-BARCELÓ, R./MONTERO, É./SALAÜN, A.: “La proposition de Directive européenne sur le commerce électronique...”, *op. cit.*, p. 43.

Con todo, una de las principales críticas que, en su momento, se formularon en relación con la Directiva radica en que no se haya previsto un régimen de notificación y retirada de contenidos a instancia de los particulares perjudicados, de manera que no resulta claro cuál es el efecto que para el ISP tiene el hecho de recibir una queja de una particular comunicándole que los contenidos por él alojados lesionan alguno de sus derechos o intereses legítimos. La crítica, aun matizada, resulta predicable también de la LSSICE, puesto que, aun cuando introduce expresamente supuestos en los que se considera que el ISP no puede desconocer la ilicitud de los contenidos por él alojados, se trata de un elenco que no tiene carácter de *numerus clausus*, de manera que no hay obstáculo para que se considere probado, ante el ejercicio de una demanda de responsabilidad civil frente al ISP, que éste no ignoraba la ilicitud de los contenidos, aun cuando el conocimiento de la ilicitud no se haya obtenido a través de ninguno de los medios enunciados en el art. 16 de la LSSICE. Los problemas derivados de la apreciación del *conocimiento efectivo* acaso se hubiesen soslayado estableciendo que la notificación del perjudicado, sujeta a determinadas condiciones y requisitos, determinase aquél, obligando al ISP a actuar de manera diligente en orden a hacer cesar la ingerencia dañosa, al tiempo que se posibilitase una contra-notificación realizada por éste. Un sistema similar ha sido previsto por la DMCA (§ 512), en la que se contemplan procedimientos precisos de *notice and take down* y de *counter notice and put back*.

La relevancia de este sistema de notificaciones la pone de manifiesto, *v.gr.*, una decisión de marzo de 2002 adoptada por un Juez federal de instancia que consideró que AOL no era responsable de la infracción del derecho de autor que le pretendía ser imputada por colgar *e-books* en su servidor sin contar con el preceptivo y previo consentimiento del autor y ello porque procedió a retirarlos del acceso al público —descolgarlos— en el momento en que recibió la pertinente notificación.

El legislador europeo, en el proceso de elaboración de la Directiva 2000/31/CE fue consciente de la importancia de estos procedimientos de notificación y de contra-notificación, como lo pone de manifiesto la mera lectura de su Considerando núm. 40 e invita expresamente a los profesionales y a los Estados miembros a instaurar procedimientos de esta naturaleza (arts. 14.3 y 17). En todo caso, parece que su previsión legislativa es una cuestión de tiempo si es que el legislador comunitario actúa de manera acorde a las exigencias de la cláusula de revisión prevista en el art. 21 de la Directiva, en atención a la cual el Parlamento europeo recibirá cada dos años, a partir de julio de 2003, un informe acerca de la necesidad o no de la introducción de estos procedimientos de notificación —en la versión en español, “detección”— y de retirada y a la imputación de responsabilidad tras la retirada del contenido. El legislador español no ha seguido el exhorto del legislador comunitario, remitiendo el establecimiento de estos mecanismos específicos de retirada o de bloqueo de acceso a un momento futuro (art. 16.1, pf. 2º LSSICE), sin perjuicio de su posible previsión en los códigos de conducta elaborados por asociaciones u organizaciones profesionales, comerciales o de consumidores al amparo de la genérica previsión del pf. 2º del art. 18.1 LSSICE.

**2. Si, una vez que tiene conocimiento de que la actividad realizada o la información almacenada es ilícita** (lesiona derechos susceptibles de ser indemnizados), **ha actuado con diligencia** procediendo a retirar los datos o informaciones o impidiendo el acceso a los mismos. En todo caso, de acuerdo con las afirmaciones que preceden, no parece razonable interpretar la obligación de reacción diligente que este inciso del art. 16.1.b) de la LSSICE, impone al prestador de servicios de alojamiento de intervenir de manera automática o mecánica, salvo en aquellos supuestos en los que el requerido conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos provenga de una resolución judicial o administrativa que así lo haya declarado y también en los que la ilicitud resulte manifiesta. En efecto, precisamente por la necesidad de ponderar la obligación de retirar y/o impedir el acceso a los contenidos albergados de carácter ilícito y las obligaciones contractuales asumidas con el destinatario del servicio, cuando el conocimiento de la ilicitud provenga de los sistemas convencionales utilizados, bien por estar previstos en normas deontológicas o códigos de conducta suscritos por el ISP<sup>40</sup>, bien porque así lo haya estimado conveniente o incluso lo haya previsto contractualmente, habrá de actuar prudentemente y ponderando los derechos en juego, procediendo de manera proporcionada a los intereses que pueden resultar perjudicados, lo que presupone la realización de indagaciones y diligencias previas a la adopción de la medida de bloqueo de los contenidos y, en definitiva, un necesario periodo de reflexión excluyente de cualquier exigencia de automatismo.

En consecuencia, el precepto no instituye una exoneración total de responsabilidad civil por alojar o almacenar contenidos ajenos ilícitos, sino que precisa el canon de diligencia, de conformidad con un criterio razonable e inspirado en los mismos principios que se han expuesto respecto de los ISP ya vistos, que ha de regir la actuación de este ISP en orden definir en qué supuestos es posible la imputación subjetiva de la responsabilidad de aquella naturaleza. El legislador español soslaya así la posibilidad más cuestionada y problemática que parece abrir el tenor de la correspondiente previsión realizada en la Directiva 2000/31/CE (art. 14.3) atinente a la posibilidad de que un órgano jurisdiccional o administrativo imponga obligaciones de control y supervisión de los contenidos e informaciones alojadas preordenada a impedir (de *prevenir* habla el legislador comunitario en el Considerando núm. 48 de la precitada Directiva) que se causen daños como consecuencia de la ilicitud de aquéllos, de difícil conciliación con la interdicción expresa que recae sobre los Estados en orden a la imposición de una obligación general de supervisión de los datos que transmitan o almacenen que recaiga sobre los ISPs (*ex art.* 15.1 de la Directiva 2000/31/CE) y que supondría, en caso de que así lo decidiese el legislador interno, atribuir al ISP una competencia jurídica que no tiene ni debe tener, en cuanto implica la realización de un juicio previo —que, en múltiples ocasiones, puede revestir una gran complejidad jurídica que excede ampliamente de la labor técnica del prestador de servicios de alojamiento— que, si no se quiere poner en manos de “censores privados”, ha de

<sup>40</sup> Una aproximación global a la autorregulación en Internet puede verse en MOLES PLAZA, R. J.: *Derecho y control en Internet (La regulabilidad de Internet)*, Ed. Ariel, Barcelona, 2004, especialmente las p. 65 y ss.

atribuirse exclusivamente a quienes ostentan la potestad jurisdiccional (los órganos integrantes del Poder Judicial, *ex art.* 117.3 de la CE). En todo caso, sin perjuicio de que la realización de controles preventivos pueda establecerse convencionalmente por el prestador del servicio, de acuerdo con el destinatario del mismo o bien en virtud de la adhesión voluntaria a determinados códigos de conducta, aquellos controles preventivos encuentran atemperada su posible virtualidad como consecuencia del efecto del deber de retención de los datos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio que el pf. 2º del art. 12.2 de la LSSICE hace recaer sobre los prestadores de servicios de alojamiento. Identificado el autor del contenido o de la información ilícita dañosa, sobre éste recaerá la responsabilidad civil, de manera que el prestador del servicios de *hosting* sólo será responsable en caso de incumplimiento de sus obligaciones de retirar o impedir el acceso una vez tenga conocimiento de aquella ilicitud, de acuerdo con las previsiones ya expuestas y que se cohonestan con el deber de colaboración que, con carácter general, impone a los prestadores de servicios de intermediación el art. 11 de la LSSICE.

## **2.6. La previsión de un régimen de responsabilidad civil específico para los prestadores de servicios de búsqueda y de enlaces a contenidos (*linking*)**

### *2.6.1. Generalidades sobre instrumentos de búsqueda en la red y enlaces*

Ordinariamente la finalidad de la puesta a disposición de los internatutas de un sitio *web*, incluso con independencia de su carácter comercial o lúdico, es la de obtener la máxima difusión de su contenido, los instrumentos de búsqueda y de localización en el ámbito de una red descentralizada como es Internet cumplen una función de vital importancia. En efecto, la difusión y el conocimiento en Internet no es posible sin una eficaz indexación del *site* en los motores de búsqueda y en los anuarios conocidos y utilizados por los usuarios de la red. En el ámbito de los servicios o útiles de que puede valerse el internauta para orientarse en la red, o de los que pueden servirse quienes facilitan contenidos o informaciones a través de ella con la finalidad de que éstos sean localizables por aquél, ha de diferenciarse entre los instrumentos de búsqueda o de localización de información de contenidos y la mera actividad consistente en facilitar enlaces a determinados contenidos. Ambos útiles y, en particular, los enlaces, son elementos indispensables para el funcionamiento de la *WWW*. Entre los primeros, generalmente se distingue entre los instrumentos de búsqueda o de localización de información en la red, los anuarios o repertorios de Internet y los motores de búsqueda.

Todos los instrumentos y mecanismos de búsqueda coinciden en el hecho de que el navegante, después de su utilización, puede acceder al lugar de la red referenciado mediante enlaces o vínculos —que se utilizan también para permitir el acceso a distintos lugares ubicados dentro de una misma página *web* y que reciben la denominación inglesa de *links* o *hyperlinks*— que consisten en instrucciones o códigos incorporados a un texto o imagen (un código HTML<sup>41</sup>) que permiten acceder a aquél

---

<sup>41</sup> “HyperText Markup Language” o lenguaje de programación con el que se escriben las páginas *web*.

a través de actuaciones básicas como pueden ser el accionar una tecla del “ratón” o, simplemente, pasar el puntero de éste o un dedo sobre aquél (*links* automáticos), si es que no se quiere teclear la dirección URL entera del lugar de destino en la barra *ad hoc* del navegador (*browser*) que se utilice.

En todo caso, dada la divergencia del funcionamiento de los motores de búsqueda y de los anuarios, no puede reputarse demasiado adecuada la solución asimiladora del régimen de responsabilidad civil al que se someten ambos tipos de prestadores de servicios de intermediación que parece haberse generalizado en los textos normativos que, en el ámbito del Derecho comparado y hasta la fecha, se han ocupado expresamente de esta materia.

Supuesto distinto de la prestación de estos servicios de búsqueda es el constituido por la mera facilitación o provisión de enlaces a contenidos al que se aludía al inicio de este epígrafe. En este caso la técnica utilizada es también la utilización de *links*, residiendo la peculiaridad en el hecho de que ahora no se trata de servicios de búsqueda o de indexación, automática o no, sino de supuestos en los que el responsable de una página *web* establece en la misma un enlace, a través de la utilización de aquella técnica, a otros contenidos o informaciones de los que no es titular o responsable directo (y ello porque si es responsable de los contenidos a los que re-dirige no se trataría de discernir la eventual responsabilidad civil por la actividad de facilitación de enlace, sino directamente, por contenidos). Dentro de estos enlaces de hipertexto establecidos en una página *web* mediante los que se facilita el acceso a la página de acogida de otro sitio de la *web* —normalmente a través de una acción sobre el teclado o ratón del ordenador—, a su vez pueden diferenciarse diversos tipos: los enlaces de hipertexto simples o de superficie (simplemente *link* o *surface link*), los profundos o de profundidad (*deep link* que reenvían directamente a una determinada página de un *site* sin transitar por la *home page* del mismo), los enlaces automáticos o integrados (*inline link* o *embedded link*), que son, todos ellos, subtipos de enlaces HREF<sup>42</sup> y los de marcos (*framing*)<sup>43</sup> que hacen posible visualizar varias páginas *web* en un contexto diferente al originario (la página llamada se inserta en el interior de la estructura del *site* desde el que se llama).

En USA tanto la práctica del *deep link*<sup>44</sup>, como del *framing* son ilícitas si se realizan sin la autorización del titular del *site* con el que enlazan. En el ámbito de los países de

<sup>42</sup> Acrónimo de *Hipertext Referente Link*. Entre otros, O’ROURKE: “Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World”, *Minnesota Law Review*, Vol. 82, 1998, p. 631.

<sup>43</sup> Un *frame* o “marco” es una subventana dentro de la página *web*, de manera que, al visualizar esta *home page* en la pantalla, aparecen todas las páginas *web* que han sido enlazadas mediante esta técnica.

<sup>44</sup> En relación con el *deep link* puede traerse a colación el caso “*Microsoft vs. Ticket Master*”. Microsoft en su sitio en la *web* relacionado con la ciudad de Seattle y dentro de la página de espectáculos, ofrecía a sus visitantes la posibilidad de enlazar directamente con la página de *Ticket Master* y realizar la compra en esta página. *Ticket Master* había otorgado una licencia para una práctica similar a una empresa que prestaba servicios similares a los ofrecidos en el *site* de Microsoft, pero no a ésta, habiendo contratado publicidad con anunciantes que publicaban sus anuncios en su página de bienvenida. *Ticket Master* demandó a Microsoft por infracción de las normas reguladoras de la competencia (enriquecimiento sin causa, conducta parasitaria y aprovechamiento de la reputación ajena). No hubo pronunciamiento judicial, puesto que se llegó a un acuerdo extrajudicial, cuyo contenido completo no fue revelado públicamente, en virtud del cual Microsoft se obligó a abstenerse de colocar en su página *web* vínculos profundos hacia las páginas internas del *site* del accionante. Actualmente Microsoft y *Ticket Master* tienen un acuerdo que permite a la primera hacer *deep linking* para la compra de entradas a espectáculos.

la UE, la cuestión se planteó en Dinamarca con ocasión de la demanda presentada por la “Asociación Danesa de Editores de Periódicos” contra *NewsBooster*. El demandado es un buscador de noticias que ofrecía enlaces profundos a las ediciones digitales de diversos periódicos —daneses y de otras nacionalidades— que llevaban directamente a la noticia de que se tratase, sin pasar por la *homepage* de aquellos periódicos. Al acceder los lectores directamente a la noticia, los editores de los periódicos veían mermados sus ingresos económicos derivados de la publicidad. Un Tribunal de Copenhague en Sentencia de 8 de julio de 2002 estimó la demanda razonando que la actividad de *NewsBooster* dañaba injustamente los intereses de los editores de los periódicos afectados, aprovechándose del trabajo de éstos en su beneficio, pues cobraba a sus clientes por la prestación del servicio de enlace<sup>45</sup>.

En España, el régimen de responsabilidad civil que pueda derivarse del establecimiento de alguno de estos tipos de enlace a contenidos o informaciones ilícitas no tiene una disciplina específica en la LSSICE, de manera que, en virtud de la cláusula general de remisión contenida en su art. 13.1, se aplicarán las normas comunes que regulen el supuesto y que, de ordinario, serán aquellas que protegen los derechos o intereses legítimos que resulten lesionados y, en su defecto, las prevenidas en los arts. 1.902 y concordantes del Cc, sin perjuicio de que algunas de las técnicas enunciadas puedan afectar a los derechos de la propiedad intelectual y, en concreto, a los derechos de autor. En particular, el *framing* puede lesionar los derechos de autor del *webmaster* de la página de destino, ya que ésta se ve alterada al adaptarla al espacio más reducido del que dispone para su representación en el *frame* anfitrión, de manera que puede verse afectado el derecho a la integridad de la obra (*ex art. 14.4 TRLPI*) resultando incluso suficiente el hecho de que se presente en un contexto diferente que pueda alterar su significado —que podría suponer una afección de la esencia de la obra—, siendo discutible si el resultado obtenido con la incorporación del *frame* afecta al derecho de reproducción (*ex arts. 18 y 31 TRLPI*) o al derecho de transformación (pues, de conformidad con el art. 21 TRLPI, basta una escasa aportación para que nazca una obra derivada)<sup>46</sup>.

Frente a ello se ha dicho que admitir la tutela en los supuestos de *framing* en aquellos supuestos en los que únicamente se altere el tamaño en la página a la que se vincula es como admitir que la reproducción de un cuadro en un catálogo infrinja los derechos del autor a la integridad de la obra en el caso de que no se reproduzca a tamaño natural. Con todo, aun quienes sostienen esta interpretación preconizan una suerte de respeto recíproco entre los responsables de las páginas *web* implicadas que pasaría por la advertencia de quien inserta el *link* de la posibilidad de abrir la nueva ventada en su sitio original y por la mayor atención de éste en construir una

<sup>45</sup> <http://www.noticiasdot.com/publicaciones/2002/0702/0807/noticias0807/noticias0807-17.htm>; RIBERA BLANES, B.: “Hipervínculos y frames desde la perspectiva...”, *op. cit.*, p. 61.

<sup>46</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea...”, *op. cit.*, p. 81; *ibidem*, *El derecho de autor en Internet*, *op. cit.* (2ª edic.), pp. 379 a 382; argumentando sobre el concepto de “obra derivada” de acuerdo con los comentarios realizados por R. BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO al art. 11 del TRLPI (*Comentarios a la Ley Propiedad Intelectual*, *op. cit.* [2ª edic.], p. 199).



página de manera que con el redimensionamiento efectuado a través del *frame* no se distorsione su contenido.

En cuanto a la utilización de imágenes de formato pequeño y de baja calidad —denominadas *thumbnails* en el argot informático— como enlaces en línea —*in line link*—, la Corte de Apelación del Noveno Circuito en Sentencia de 6 de febrero de 2002<sup>47</sup>, revocando la decisión del Juez de Distrito, consideró que dicho enlace en línea y la exhibición de la fotografía original incrustada en la página del buscador implica una violación del derecho de exhibición pública, sin que pueda apreciarse para el caso de los enlaces en línea la excepción de uso lícito —o *faire use*—. En el caso resuelto por aquella Sentencia, un fotógrafo profesional —Leslie Kelly— titular de una página *web* en la que colocaba algunas de sus mejores fotografías demandando a un buscador de Internet (“Arriba”, propiedad de “Arriba Soft Corporation”, que actualmente opera a través de la página “Ditto.com”) que insertaba, en los resultados de las búsquedas demandadas por sus usuarios, pequeñas imágenes —*thumbnails*— de las páginas *web* que el buscador encontraba y que permiten visualizar la obra, pero cuya ampliación determina una pérdida importante de su calidad. Utilizadas en el ámbito de una actividad de búsqueda e indexación de materiales o contenidos en Internet, la actividad está protegida por la excepción de *fair use* (ex § 107 *Copyright Act* USA) y ello porque la baja calidad determina que no peligre el mercado potencial de su titular para licenciar sus obras fotográficas en línea. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, los *thumbnails* funcionaban, a su vez, como enlaces en línea —al “clicar” con el puntero del ratón sobre ellas—, apareciendo en la pantalla del ordenador del usuario enmarcadas en la página *web* del buscador, aun cuando la copia digital de la fotografía no se había movido del *site* original. El problema resulta entonces de que el usuario asuma que está visualizando una fotografía contenida en el propio buscador, pues el proceso no resulta transparente para él, pudiendo acceder y guardar las imágenes sin necesidad de acceder —al menos de manera transparente para él y consciente— a la página *web* del titular de los derechos de propiedad intelectual sobre las fotografías.

### 2.6.2. Punto de partida acerca del régimen de responsabilidad civil

Aunque la tesis no resultaba compartida de manera generalizada en el ámbito del Derecho comparado, imputar la responsabilidad al editor de la página *web* —al *webmaster*— con contenidos o informaciones ilícitos, con la que se enlaza merced a la utilización de los servicios de búsqueda, entendidos éstos en sentido amplio, es la solución propugnada, con carácter general, en la doctrina española anterior a la aprobación de la LSSICE<sup>48</sup>. En este mismo parecer descansa la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Civil) de Amberes (Bélgica) de 21 de diciembre de

<sup>47</sup> “*Leslie Kelly v. Arriba Sof Corporation*” (Corte de Apelación del Noveno Circuito en Sentencia 6 febrero 2002, 280 F.3d. 934).

<sup>48</sup> GARCÍA VIDAL, A.: “La responsabilidad por los contenidos ilícitos de páginas *web* ajenas con las que se establece un *link*”, *Derecho de los Negocios*, núm. 127, abril 2001, p. 17 y ss.; MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “Nombres de dominio y signos distintivos en Internet”, en *Comercio electrónico y protección de los consumidores* (G. Botana, Coord.), Ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 359.

1999, argumentando sobre el art. 1382 del *Code civil*: Ante la demanda ejercitada por la “Federación Internacional de la Industria Fonográfica” frente a un estudiante de 19 años, aquel Tribunal le condenó a cerrar su *site*, en el que se insertaban más de 25.000 enlaces a ficheros musicales ilícitos, pues consideró “*que un enlace de hipertexto no es simplemente una “nota de pie de página”. Activando un enlace de esta naturaleza, se obtiene el acceso a un sitio. Para obtener un acceso a un sitio ha de ser posible localizarlo y activarlo. Crear un enlace de hipertexto tiene precisamente como finalidad facilitar este servicio a un potencial usuario. En el caso, el demandado tiene conciencia y pleno conocimiento de que establece enlaces a sitios que permiten descargar de manera ilícita música, esto es, sin pagar los derechos exigidos*”.

También en el sentido preconizado por nuestra doctrina puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de Suecia de 15 de junio de 2000 (*caso MP3*) —revocatoria de la absolutoria dictada en instancia—, en la que, aplicando la Ley de Propiedad Intelectual de aquel país, se condenó al demandado por remitir, mediante el sistema de *links*, a los visitantes de su página *web* a otras que contenían archivos musicales en formato MP3 infringiendo los derechos de autor<sup>49</sup>. En este caso la demanda fue ejercitada por la I.F.P.I. contra un estudiante de 17 años que había colocado en su sitio *web links* o enlaces mediante los que era posible copiar de otros *sites* archivos musicales comprimidos en aquel formato. La I.F.P.I. había dirigido, en vano, dos mensajes de advertencia de la infracción al demandado. *MyMP3.com* ofrecía a sus suscriptores la posibilidad de disponer de una especie de biblioteca virtual de música —en formato *streaming* que constituye una modalidad de comunicación pública de obras audiovisuales (a diferencia del *download*, esta tecnología permite escuchar o visualizar archivos directamente, “que fluyen” a la terminal del usuario, sin necesidad de descargarlos, pudiendo ser interactivo o con posibilidad de elección por el destinatario, o no interactivo, disfrutando el usuario de una oferta predeterminada por el servidor)— que los mismos suscriptores cargaban a través del CD’s de su propiedad —bastaba incluso cargar la información de acuerdo con el CD que habían adquirido, puesto que MP3 ya disponía de la grabación (MP3.com compraba los discos más populares y los almacena comprimidos en sus servidores)—, permitiéndole escuchar todas las grabaciones que hubiese demostrado poseer en formato CD. *MyMP3.com*, frente a la demanda presentada por *UMG Recordings* alegó la excepción de copia privada digital prevista para las grabaciones musicales (Sec. 1008 USCA), de manera que la copias que cada suscriptor realizaba de sus CD’s eran legales, habiendo obtenido de las entidades de gestión colectiva (BMI y ASCAP) las pertinentes licencias para su comunicación pública, si bien no había obtenido la licencia de los productores discográficos. La Corte del Distrito Sur de New York, en Sentencia de 4 de mayo de 2000, consideró que *MyMP3.com* era un intermediario comercial, en tanto que cobraba una cuota de suscripción y en su página se insertaba publicidad comercial, rebeneficiándose de un “nuevo mercado” del que los autores —los titulares de los derechos de propiedad intelectual— debían

<sup>49</sup> BOMAN, M./LINDBLOM, F.: “Hyper-Linking may be a Criminal Offence”, *EIPR*, núm. 1/2001, p. 55 y ss.

también poder beneficiarse, sin que la actividad desarrollada pueda considerarse amparada en el *fair use* o uso legal (*ex* § 107 *Copyright Act* USA)<sup>50</sup>, que no es sino una limitación al derecho de reproducción. También de condena ha sido la Sentencia de 24 de noviembre de 1998 del *Landgericht* de Lubeck, que contempla el caso de un titular de una página *web* en la que se contenía un enlace a otra de contenido ilícito, siendo la apariencia la que se ofrecía al usuario información alojada en el sitio *web* de un mismo titular (*inline link*)<sup>51</sup>.

### 2.6.3. La ausencia de una disciplina uniformadora expresa en la legislación comunitaria

La Directiva 2000/31/CE guarda silencio sobre la responsabilidad civil del prestador de aquellos servicios de intermediación en la sociedad de la información cuya actividad consiste en facilitar enlaces a otros contenidos, así como en relación con aquéllos que incluyen en sus páginas *web* directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos (*linking*)<sup>52</sup>. Únicamente en sus DDF (art. 21.2), a propósito del reexamen del que habría de ser objeto la Directiva antes del 17 julio 2003 en orden a su adecuación a la evolución jurídica, técnica y económica en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, se exhorta a la Comisión a que analice “especialmente la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización, a los procedimientos de “detección y retirada” y a la imputación de responsabilidad tras la retirada del contenido”<sup>53</sup>. La disposición que acaba de ser transcrita hace pensar en que su toma en consideración por el legislador comunitario no es más que una cuestión de tiempo.

Pese a esta no previsión expresa respecto de los intermediarios de la sociedad de la información de que ahora nos ocupamos en la Directiva 2000/31/CE, el legislador español, como también el austriaco (§ 14 *E-CG*), los han tomado en consideración —el español lo hace por vez primera en el *Anteproyecto de LSSICE* aprobado por el MCyT el 30 de marzo de 2001— inspirando su regulación, contenida en el art. 17 LSSICE, en los mismos principios en atención a los que se articula la responsabilidad

<sup>50</sup> *Vid.*, entre otros, XALABARDER, R.: “Infracciones de propiedad intelectual y la *Digital Millenium Copyright Act*”, *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* (F. Morales Prats/O. Morales García, Coords.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 139.

<sup>51</sup> *NJW-CoR*, 1999, p. 244.

<sup>52</sup> Esta ausencia, por motivo de los efectos negativos que puede tener en el funcionamiento del mercado interno al permitir la subsistencia de regímenes jurídicos dispares en los distintos países integrantes de la UE, ha sido criticada, entre otros, por R. JULIA-BARCELÓ (“On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks”, *European Intellectual Property Review*, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2000, p. 116).

<sup>53</sup> La ausencia de previsión expresa al respecto no es demasiado justificable y no puede decirse que se trate de una omisión involuntaria. En la fase de elaboración de la Directiva, VERBIEST consideraba que si la proposición se convierte en Directiva sin equiparar los prestadores de servicios de búsqueda a los proveedores de servicios de alojamiento o de *caching*, la exclusión de aquéllos resultaría injusta y discriminatoria (VERBIEST, Th.: “La responsabilité des outils de recherche sur Internet en droit français et droit belge”, *Cahiers-Lamy droit de l’informatique et des réseaux*, núm. 116, julio 1999, p. 11). La omisión ha trascendido a las primeras leyes reguladoras de los servicios de la sociedad de la información promulgadas en los países integrantes de la UE; así, v.gr., la Ley luxemburguesa de 14 de agosto de 2000 (JOGDL núm. 96, 8 septiembre 2000).

de los proveedores de los servicios antes vistos respecto de contenidos ajenos y ello parece también, como, indudablemente, lo es el hecho mismo de la previsión expresa de un régimen de responsabilidad civil propio, al menos en línea de principio, adecuado, pues subyacen los mismos argumentos y fundamentos.

#### 2.6.4. *Los precedentes legislativos comparados*

##### 2.6.4.1. *La Digital Millenium Copyright Act*

El primer texto legal que, en el marco del Derecho comparado, ha regulado la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de búsqueda en Internet ha sido la DMCA, en cuyo art. 512.d) se establecen las condiciones de exoneración de responsabilidad derivada de la complicidad del proveedor de servicios de búsqueda en la lesión de un derecho de autor por dirigir o redirigir *by using information location tools, including a directory, index, referente, pointer, or hypertext link* a contenidos ilícitos por violación de la propiedad intelectual. Las condiciones de exoneración que prevé son las mismas que las contempladas para la exoneración de los prestadores de servicios de alojamiento de contenidos. En concreto, estas circunstancias cuya concurrencia determina la exoneración de responsabilidad del prestador de servicios de búsqueda y de *linking* son las siguientes: a. El desconocimiento efectivo, o de hecho, del contenido o de la actividad ilícita por violación de los derechos de autor del lugar al que redirige al internauta, no debiendo ser consciente de hechos o circunstancias que determinen la apariencia objetiva del comportamiento o contenido ilícito. b. Actuar de manera tempestiva en orden a retirar las informaciones en cuestión o bloqueando la posibilidad de acceso una vez que tenga el conocimiento o la conciencia de los ilícitos antes señalados. c. No debe percibir una ventaja financiera que provenga directamente de la actividad ilícita, en aquellos casos en los que el ISP tenga el derecho y la capacidad para controlar esta actividad. d. Ha de respetar las reglas de procedimiento de notificación y contra-notificación prevenidas en el propio § 512 DMCA, en donde se prevén procedimientos precisos de *notice and take down* y de *counter notice and put back*, de manera que si la notificación realizada por el demandante respeta los requisitos legales, implica el conocimiento de la ilicitud por el ISP, que habrá de actuar de manera diligente en orden a hacer cesar la lesión; si bien se admite expresamente la posibilidad de una contra-notificación del eventual autor del ilícito.

El caso más conocido en el que se aplicó esta regulación es el constituido por la demanda dirigida por *A&M Records* contra *Napster*. En realidad se trataba de un buscador limitado a los archivos almacenados en los ordenadores de los usuarios conectados a la red Internet en el momento en que otro usuario realizaba la búsqueda de una determinada grabación musical. A diferencia de lo que sucedía con *MyMP3*, *Napster* (originariamente un proyecto de servidor para compartir archivos de música en la red, fundado en el mes de mayo de 1990 por Shawn Fanning y Sean Parker) no mantenía una base de datos con las grabaciones de los usuarios —que en este caso no tenían la condición de suscriptores de pago—, sino que únicamente proporcionaba de manera gratuita a los usuarios el *software* necesario para que éstos se pusieran en contacto entre sí, pudieran identificar las grabaciones que les interesaban y pudieran

intercambiarlas entre ellos a través de la red Internet. También a diferencia de *MyMP3*, los usuarios de *Napster* no tenían que demostrar haber comprado el CD en que se contenía la grabación original<sup>54</sup>. El día 7 de diciembre del mismo año 1999, la “Asociación de la Industria Discográfica de Estados Unidos” (RIAA) demanda a *Napster* ante una Corte Federal de San Francisco por violación de los derechos de autor. A esta demanda se suman otras posteriores interpuestas por el grupo de música *heavy metal* *Metallica* (13 de abril de 2000), por el cantante de *rap* *Dr. Dre* (dos semanas posterior a la anterior). El día 5 de mayo de 2000, la Juez Marilyn HALL PATEL falla estimando aquellas demandas, señalando que la demandada no puede ampararse en los derechos que le confiere la DMCA. La Sentencia es objeto de apelación, en virtud de la cual, por medio de una decisión de 28 de julio del año 2000 deja en suspenso la aplicación de aquel pronunciamiento de instancia.

La Sentencia dictada el día 12 de febrero del año 2001 por la Corte de Apelación del Noveno Circuito declaró la responsabilidad de *Napster* por infracción de los derechos de propiedad intelectual y ordenó que realizase un filtrado de las obras que se transmitían a través de su *software*, cuyos derechos pertenecían a los demandantes, lo que le obligó a cerrar el servicio con la finalidad de desarrollar un nuevo *software* que le permitiera controlar los contenidos. De manera coetánea al desarrollo judicial del litigio, *Napster* intentó llegar a un acuerdo con las discográficas con la finalidad de fijar una remuneración por las copias realizadas a través de su servicio. Las discográficas se negaron, pues prefirieron desarrollar su propio sistema de P2P<sup>55</sup> *file-sharing* (llamado *MusicNet*, avalado por las discográficas *Warner Music*, *Bertelsmann Music* y *EMI*, que a través de diversos servidores —AOL,...— permite a través de la tecnología *Real Networks* que sus abonados descarguen al mes un determinado número de canciones y escuchar otras tantas. A imagen de estas discográficas, una segunda plataforma amparada por las discográficas *Sony Music*, *Universal Music Group* y la división de *Vivendi*, *PressPlay* a través de un sistema de compresión musical de baja calidad —WMA: *Windows Media Audio*— ofrece canciones a sus abonados durante un determinado periodo de tiempo). *Napster* demandó a las discográficas por infracción de las leyes reguladoras de la competencia, en virtud de un comportamiento de *restrictive licensing*. Todo ello llevó a *Napster* a la declaración de quiebra, siendo subastadas adquiridas sus acciones por un precio de 5 millones de \$ por Bertelsmann (sello discográfico que a mediados de noviembre de 2003 acordó su fusión con *Sony*)<sup>56</sup>. La compañía digital “Roxio” anunció en el mes de octubre de 2003 el lanzamiento de una versión de aquel programa de intercambio de archivos musicales en la red (la versión *Napster 2.0*), ahora con el beneplácito de las cinco mayores compañías discográficas y previo pago por los internautas que deseen descargar los archivos que se ofrecen.

<sup>54</sup> Entre otros, *vid.* GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.: «*Napster*: “Copias robadas”, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet”, en *pe.i. Revista de propiedad intelectual*, núm. 6, septiembre/diciembre 2000, p. 65 y ss.

<sup>55</sup> Las plataformas P2P permiten a un usuario sin conocimientos avanzados de Internet localizar ficheros que ofrecer a otros usuarios.

<sup>56</sup> XALABARDER, R.: “Infracciones de propiedad intelectual y la *Digital Millenium Copyright Act*”, *op. cit.*, p. 139 y ss.

La argumentación del Tribunal para condenar a *Napster* consistió fundamentalmente en poner de relieve que conocía que sus usuarios estaban reproduciendo y poniendo a disposición de todos los internautas grabaciones musicales sin contar con la autorización de los titulares de sus derechos de explotación y distribución. La posibilidad técnica de restringir selectivamente el acceso había sido puesta de manifiesto al impedir la difusión de ciertos grupos musicales que habían requerido a *Napster* a en este sentido.

Frente a las alegaciones de *Napster* de que con su actividad no se perjudicaban los medios de explotación tradicional —venta comercial de los CD's, fundamentalmente—, el Tribunal afirmó el carácter comercial de las grabaciones realizadas por los usuarios en atención a una simple argumentación: Los usuarios de *Napster* consiguen gratis algo por lo que, ordinariamente, se debe pagar, al tiempo que señala —como en el caso *MyMP3*— que los titulares de los derechos sobre las grabaciones musicales deben poder beneficiarse del “nuevo mercado” que facilita la red Internet. Por ello, las actividades de *Napster* no pueden quedar cubiertas por la doctrina del uso lícito —*fair use*—.

Con posterioridad han surgido sistemas alternativos que permiten compartir entre los distintos usuarios archivos musicales en la red. Algunos de ellos sin que exista siquiera un proveedor del *software* (caso de *Gnutella*<sup>57</sup>). Las discográficas agrupadas en la NMPA (*National Music Publisher Association*) han demandado a tres productores de *software* de estas características —que permiten compartir e intercambiar ficheros digitales de música y audiovisuales a través de la red—: *MusicCity*, *Grokster* y *KaZaA*<sup>58</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 27 de junio de 2005 resolviendo la demanda interpuesta por *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc.* contra *Grokster*, *StreamCast Networks Inc.*, *Morpheus* et ali, declaró que las empresas dedicadas a la redes de intercambio de archivos conocidas como *peer to peer* (P2P) infringen la leyes de *copyright*, puesto que conocen que los *software* cuyo uso facilitan a los internautas, con independencia de que sean utilizados para el intercambio de archivos no protegidos por la leyes de propiedad intelectual, también lo son para violar los derechos protegidos por estas normas, de manera tal que, a juicio de la *US Supreme Court*, las empresas que facilitan o suministran dichos programas son indirectamente responsables de la violación de los derechos de propiedad intelectual sobre obras protegidas y, como tales, pueden ser demandadas en juicio<sup>59</sup>. La doctrina de esta resolución judicial se puede resumir en las siguientes palabras del Juez D. H. SOUTER: “*si alguien distribuye una herramienta con el objetivo de promover su uso para infringir las*

<sup>57</sup> Sistema mediante el cual los usuarios pueden intercambiar ficheros a través de Internet directamente y sin tener que pasar por un sitio *Web*, mediante una técnica denominada *peer to peer* (P2P). Como *Napster* y otros sitios *Web* similares, *Gnutella* se utiliza a menudo como un método para bajar ficheros musicales o compartirlos con otros usuarios de Internet. A diferencia de *Napster*, *Gnutella* no es un sitio *Web*, y permite bajar cualquier tipo de fichero mientras *Napster* se limita a ficheros musicales MP3.

<sup>58</sup> *Vid.* ampliamente, GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.: “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes *peer to peer*”, *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 18, septiembre/diciembre de 2004, especialmente las pp. 33 a 38.

<sup>59</sup> El texto completo de la Sentencia puede verse en [http://www.droit-technologie.org/jurisprudences/USSC\\_MGM\\_grokster\\_final\\_270605.pdf](http://www.droit-technologie.org/jurisprudences/USSC_MGM_grokster_final_270605.pdf).

*leyes de copyright es responsable del consiguiente resultado del ilícito por parte de terceros”.*

El 29 de noviembre de 2001, el *Rechtbank* de Ámsterdam (primera instancia) declaró a *KaZaA* parcialmente responsable de las lesiones a los derechos de propiedad intelectual derivadas de la reproducción no autorizada y de la distribución no autorizada al público de obras protegidas. La diferencia fundamental de *KaZaA* frente a *Napster* radica en que carece de un servidor central (además de permitir compartir cualquier tipo de fichero y no sólo en formato MP3), practicando un verdadero *peer to peer* (P2P) en el que cada usuario se convierte en una especie de servidor para los demás. Aquella decisión de condena de instancia fue revocada por el *Gerechtshof* de Amsterdam (Corte de apelación) mediante una resolución de 28 de marzo de 2002. A mediados del mes de enero del año 2004, un Juez de Distrito de Los Ángeles admitió la demanda presentada por *Sharman Networks*, compañía gestora del software *KaZaA*, contra varias productoras discográficas y cinematográficas por violación de los derechos de autor, sosteniendo la utilización por éstas de manera indebida de aquel software, violando la privacidad de los usuarios y enviarles archivos adulterados, así como mensajes amenazantes<sup>60</sup>.

#### 2.6.4.2. La *E-Commerce-Gesetz* austriaca

El § 14 de la *E-CG* prevé la aplicación a los prestadores de servicios de búsqueda y de los demás medios electrónicos de búsqueda de información y contenidos alojadas en páginas ajenas, las mismas circunstancias que permiten a los proveedores de servicios de acceso exonerarse de responsabilidad civil. De esta manera, el prestador de servicios de búsqueda o de *linking* no podrá reputarse responsable en aquellos supuestos en los que no esté en el origen de la transmisión de los contenidos o informaciones ilícitas, ni haya seleccionado los destinatarios de aquellas informaciones, ni tampoco haya seleccionado ni modificado las informaciones demandadas por el internauta. El párrafo 2º del § 14 *E-CG* prevé que el párrafo 1º de este mismo precepto no se aplique en aquellos supuestos en los que el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del servicio de búsqueda. En este caso, se remite a la aplicación del régimen previsto para los prestadores de servicios de alojamiento.

Así las cosas, las condiciones de exoneración de responsabilidad previstas coinciden sustancialmente con las contempladas para los proveedores de servicios de acceso (en el Proyecto de *E-CG* de 25 de junio de 2001 se asimilaba al de los prestadores de servicios de alojamiento) y este régimen no parece ser el más adecuado dada las diferencias estructurales de los servicios prestados por unos y otros profesionales.

#### 2.6.5. El artículo 17 de la *LSSICE*

De conformidad con las previsiones del art. 17 de la *LSSICE*, los intermediarios que prestan los servicios consistentes en facilitar enlaces a contenidos situados en otro lugar de la red y los que incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de aquellos contenidos, no responden de los daños que se puedan causar

<sup>60</sup> <http://iblnews.com>.

por los contenidos encontrados merced a la utilización de los instrumentos que ponen a disposición de los usuarios —y de los internautas o usuarios de la red— siempre que se cumpla alguna de las dos circunstancias enunciadas a propósito de los intermediarios que presten servicios de *hosting* (art. 16 LSSICE); a saber: no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de ser indemnizados (también en este caso la existencia de una resolución de la autoridad competente declarando la ilicitud de los contenidos u ordenando su retirada, la inutilización del acceso o declarando la existencia de la lesión y aquélla fuese conocida por el prestador del servicio, impide la apreciación de esta circunstancia); o, si lo tienen, actúen con la diligencia necesaria para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Los prestadores de servicios de intermediación que consisten en facilitar enlaces y herramientas de búsqueda no tienen obligación de desarrollar sistemas de detección y retirada de informaciones lesivas para terceros o de contenidos ilícitos, ni tampoco de notificar a la autoridad competente la realización de actividades ilícitas de las que pueda tener conocimiento, sin perjuicio del deber de denuncia de los delitos de naturaleza pública que contempla el art. 259 de la LECrim y de la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil por hecho propio en caso de no reaccionar de manera diligente.

En todo caso, la exención de responsabilidad derivada de la concurrencia de alguna de las dos circunstancias enunciadas en el párrafo anterior no puede apreciarse, de acuerdo con el tenor literal del art. 17.2 de la LSSICE, “*si el destinatario del servicio*” opera bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilita la localización de aquellos contenidos, entendiéndose por “destinatario” no el internauta que utiliza o se vale de los instrumentos de búsqueda o de enlace con los contenidos o informaciones que le interesan, sino el titular o responsable de estos contenidos o informaciones cuya localización en la red se facilita, aun cuando “usuario”, en sentido estricto, sería la persona que efectivamente usa el buscador y, en su caso, activa el enlace que le permite el acceso a los contenidos deseados. Por esta razón, la norma no resulta adecuada cuando se trata simplemente de la actividad de proveer enlaces —el proveedor es quien los crea— y ello porque el destinatario o usuario, en este caso, sólo puede identificarse con quien usa y activa efectivamente el enlace creado.

#### *2.6.6. Responsabilidad civil por facilitar el acceso a contenidos ilícitos mediante un enlace de hipertexto*

Como ya se ha advertido, es este un supuesto en el que se contemplan diversas técnicas a través de las que se facilita al internauta un enlace mediante el que puede acceder desde un determinado *site* a otro lugar de Internet, en el que se aloja el contenido o la información ilícita, no previsto expresamente ni por la Directiva 2000/31/CE ni por el legislador español, aunque sí por el austriaco, que ha sometido al suministrador de enlaces mediante las técnicas de hipertexto al mismo régimen que prevé el art. 14 de la Directiva para los prestadores de servicios de alojamiento (§ 14 *E-CG*). La cuestión fundamental cuál es la atinente a saber si el suministrador del enlace puede incurrir en responsabilidad civil en el caso en que en la página de



destino se contengan aquellos contenidos ilícitos no parece que pueda recibir una respuesta unívoca. En defecto de una regulación expresa, la jurisprudencia comparada ha ofrecido respuestas incluso contradictorias<sup>61</sup>, si bien, en todo caso, parece que la respuesta adecuada a aquella cuestión exige precisar las peculiaridades de la actividad de quien simplemente facilita un enlace frente a los proveedores de servicios que hemos estudiado hasta el momento, particularmente frente a los proveedores de alojamiento, y ello porque la acción ejercitada contra el suministrador del enlace no permitirá, en ningún caso, hacer desaparecer o, siquiera, bloquear el acceso al contenido ilícito, pues bastará, en el peor de los casos, introducir en nuestro *browser* la dirección de URL. En segundo lugar, exige también diferenciar entre las distintas formas de facilitar el enlace ya enunciadas. La adecuada aplicación de un sistema de responsabilidad fundado en el criterio de imputación por culpa permite dar una respuesta satisfactoria a cada uno de los supuestos que se plantean y que, en el futuro, puedan suscitarse.

#### 2.6.7. Proveedores de espacios publicitarios en Internet y de mensajería electrónica

Similares principios a los enunciados hasta el momento parecen de razonable aplicación en relación con la responsabilidad de los proveedores de espacios publicitarios en Internet. Si se acredita que el proveedor de estos espacios ha alojado mensajes publicitarios ilícitos, incurrirá en responsabilidad civil si no puede justificar que dispone de medios de control de los mensajes albergados (control que habrá de ser tanto más estricto cuando el espacio prestado lo sea a cambio de una remuneración) y si no ha puesto en funcionamiento los mecanismos adecuados para hacer cesar la difusión del mensaje ilícito una vez haya tenido conocimiento del mismo. Eso sí, el proveedor puede limitar convencionalmente su responsabilidad en relación con los contratantes de sus servicios a través de cláusulas específicas destinadas a este fin.

También son los mismos principios los que informan la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de mensajería electrónica. En efecto, al igual que sucede con el correo ordinario la responsabilidad por el contenido corresponde al autor. Es a éste a quien se impone la obligación de facilitar la identificación de manera clara e inequívoca de que, en su caso, se trata de una comunicación comercial no solicitada (art. 7.1 Directiva) y de consultar regularmente, y de respetar, las listas de exclusión voluntaria (*opt-out*) en las que se podrán inscribir las personas físicas y jurídicas que no deseen recibir comunicaciones comerciales a través del correo electrónico<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Sirvan como ejemplo dos resoluciones de tribunales norteamericanos pronunciadas sobre supuestos similares: la responsabilidad civil del sujeto que en su página *web* facilita un enlace al código fuente de una página en la que se podía encontrar el código secreto que permitía descryptar el sistema de protección de los DVD, neutralizando el *Content Scrambling System* (CSS). La Corte Superior de California, en resolución de 20 de enero de 2000 (asunto *DVD Copy Control Association, INC. C. Andrew Thomas McLaughlin, et. al.*), declaró la irresponsabilidad del demandado (puede verse en <http://www.eff.org>), mientras que la Corte del Distrito Sur de Nueva York, en resolución de 17 de agosto de 2000 (*Universal City Studio c. Shawn C. Reimerdes*), decidió prohibir el enlace en cuestión y condenar al demandado (disponible en <http://www.droit-technologie.org>).

<sup>62</sup> Entre la, ya abundante, literatura jurídica sobre la materia, *vid.* DEMOULIN/MONTERO: "Les affres du *spamming*, entre protection de la vie privée et liberté du commerce", *Le commerce électronique européen sure les rails?*, CCRID núm. 19, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 131 a 168; GUILLÉN CATALÁN: *Spam y Comunicaciones Comerciales No Solicitadas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, especialmente las pp. 106 a 112.



---

**La Ley de Ordenación de la  
Edificación y los presupuestos  
objetivos de la responsabilidad  
por vicios o defectos en la  
construcción de edificios**

---

*Rafael Colina Garea*  
Universidade da Coruña



## 1. La Ley de Ordenación de la Edificación: justificación, objeto y finalidad

En la actualidad, la responsabilidad civil derivada de los daños causados en los edificios por vicios o defectos constructivos se encuentra regulada en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE nº 266, de 6 de noviembre). Esta norma representa el resultado final de un amplio periodo de gestación de casi tres décadas a lo largo del cual se sucedieron innumerables y fallidos Anteproyectos y Proyectos de Ley en torno a la ordenación de la edificación<sup>1</sup>, así como intentos de modificación y reforma de las disposiciones que el Código Civil dedica al contrato de obra (especialmente arts. 1591 y concordantes)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Se ha llegado a hablar de una cadena de más de 20 Anteproyectos contados desde la elaboración del Libro Blanco de la Edificación en el año 1978. En concreto, VICENTE DOMINGO, E. “Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código Civil?”. *Actualidad Civil*, nº 37, del 9 al 15 de octubre 2000, p. 1384.

<sup>2</sup> A juicio de algunos autores, la historia de la LOE se remonta al año 1970, fecha en la cual el arquitecto Pedro Cendoya y el Magistrado José Guerra elaboraron un “Estudio informe sobre las atribuciones del Arquitecto, del Aparejador y el Constructor en las obras de arquitectura”, en donde literalmente se afirmaba que “La Jurisprudencia endurece en esta época las responsabilidades de los profesionales”. Sobre este concreto aspecto Vid. BORREL CALONGE, A. “Comentario sobre el Anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación (versión: 10 ó 22 de febrero de 1994) y el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y obras”, en AA.VV. *La función pericial de los arquitectos al servicio de la Administración de Justicia*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid 1995, e igualmente, por referencia al anterior, Vid. FERNÁNDEZ VALVERDE, R. “Justicia y arquitectura”, en AA.VV. *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2000, p. 459. Posteriormente, (22 marzo 1973) se hizo pública la Memoria del Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación (GITSE), en donde se manifestaba la necesidad de modificar las normas que el Código Civil dedicaba al contrato de obra, debido a que ya se consideraba que éstas estaban superadas por la práctica y se habían convertido en obsoletas; del mismo modo se hablaba también de la necesidad de implantar el Seguro Colectivo Obligatorio para la Edificación, de la conveniencia de establecer el principio de individualización de culpas con base a la idea de que cada técnico debía responder de sus propias faltas, para lo que también resultaba imprescindible incluir en la responsabilidad a todos los técnicos que interviniesen en el proceso edificatorio. A este respecto, Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”. ADC, abril-junio 2000, p. 410 y FERNÁNDEZ VALVERDE, R. “Justicia y arquitectura”, cit. p. 460. En los años sucesivos se sucedieron múltiples Anteproyectos y Proyectos con la finalidad de elaborar una Ley de que abordase de forma general, global y conjunta el proceso de edificación, así como la reforma de los preceptos del Código Civil relativos al contrato de obra. Entre ellos, simplemente destacar los siguientes: el Anteproyecto de la Ley de Garantías de la Edificación de 1985, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de Edificación de 22 de febrero de 1994, el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra de 12 de abril de 1994 y el Proyecto de Ordenación de Edificación de 28 de diciembre de 1995. Aunque la Exposición de Motivos de la vigente LOE afirme que uno de los motivos que justificaban la promulgación de esta Ley era la necesidad de dar continuidad a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, lo cierto es que su antecedente más inmediato se halla constituido por la Ley 12/1986, de 1 de abril, reguladora de las Atribuciones Profesionales de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos, en cuya Disp. Final 1ª (párrafo tercero) se ordenaba al Gobierno que enviara a las Cortes en el plazo de un año un Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación en la que se regularán las intervenciones profesionales de estos técnicos facultativos. Compartimos esta opinión, entre otros, con GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Civitas. Madrid 2000, pp. 39 y 40. ALVAREZ OLALLA, P. *La responsabilidad por defectos en la edificación*. Cuadernos de Aranzadi Civil, nº 13. Ed. Aranzadi. Pamplona 2002, p. 13. CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”. *Actualidad Civil*, nº 12, del 19 al 25 de marzo 2001, pp. 417 y 418. Tal y como se deduce de su propia Exposición de Motivos y como señalan algunos autores (CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 419. FUENTESECA, C. “La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación deroga el contenido del art. 1591 del Código Civil a partir del 6 de mayo del año 2000”. *Actualidad Civil*, nº 12, del 20 al 26 de marzo 2000, p. 449. ALVAREZ OLALLA, P. *La responsabilidad por defectos en la edificación*, cit. pp. 15 y 16) el régimen jurídico diseñado en la LOE encuentra inspiración en la Directiva 85/384 CEE acerca de reconocimiento

### **1.1. Justificación y oportunidad**

Una de las razones fundamentales que justificaban la necesidad de reformar el régimen jurídico de este particular tipo de responsabilidad civil se hallaba en la obsolescencia de la normativa vigente hasta ese momento en la materia<sup>3</sup>. En efecto, el art. 1591 Cc, depositario de la famosa responsabilidad decenal por ruina en los edificios, además de haber sido ideado originariamente para desplegar exclusivamente su eficacia en el marco del contrato de obra, había sido concebido pensando en los procesos constructivos de tipo artesanal propios de la época decimonónica en la que fue promulgado<sup>4</sup>; circunstancias éstas que pronto convirtieron al citado precepto en incapaz para dar una respuesta satisfactoria a las nuevas relaciones, necesidades y problemas que comenzaban a surgir en la construcción de los edificios como consecuencia de la constante evolución y creciente complejidad de la actividad constructiva<sup>5</sup>. A falta de una reforma legislativa, la incapacidad que padecía el art. 1591 Cc para resolver muchos de los problemas que planteaban las deficiencias en la construcción, permitió consolidar una doctrina jurisprudencial, la cual no sólo pretendía completar y adaptar este artículo a la nueva y compleja realidad del proceso constructivo al que debía ser aplicado (para así hacerlo útil y servible<sup>6</sup>), sino que también intentaba dotar de una mayor protección a los adquirentes de inmuebles respecto a los daños sufridos en los mismos por vicios o defectos constructivos<sup>7</sup>. Ahora bien, en múltiples ocasiones estas soluciones jurisprudenciales carecían de todo soporte legal en la literalidad y dictados del propio art. 1591 Cc, por lo que resultaba obvio que más que de una tarea interpretativa se trataba de una verdadera

---

mutuo de títulos en el sector de la arquitectura, a fin de permitir el libre establecimiento, así como en la Directiva 89/106/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, destinada a armonizar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción con el fin de establecer las condiciones que deben reunir para su libre circulación, si bien esta última Directiva no es mencionada por la Exposición de Motivos.

<sup>3</sup> Han sido múltiples los calificativos que se han utilizado para tratar de describir la obsolescencia de la regulación del Código Civil sobre el contrato de obra. Así, se ha dicho que se trataba de una normativa anacrónica, defectuosa, largamente superada por la práctica, vetusta, insuficiente, inadecuada, etc. Vid., a título de ejemplo, DIEZ PICAZO, L. "Ley de Edificación y Código Civil". *ADC*, enero-marzo 2000, p. 7. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "La responsabilidad civil por vicios en la construcción...", cit. pp. 410 y 416. GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> DEL C. "Comentario al art. 1 LOE", en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2000, p. 24. CASTRO BOBILLO, J. C. "Del art. 1591 del Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación", cit. p. 418.

<sup>4</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "La responsabilidad civil por vicios en la construcción...", cit. p. 410.

<sup>5</sup> En este mismo sentido, Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. "La responsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil como antecedente de la Ley de Ordenación de la Edificación: su fundamento y las reglas básicas de su funcionamiento", en AA.VV. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. J. M. Ruiz-Rico y M<sup>a</sup> Luisa Moreno-Torres (coords). Ed. Comares. Granada 2002, p. 11.

<sup>6</sup> Vid. SEIJAS QUINTANA, J. A. "La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación", en AA.VV. *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2000, p. 93.

<sup>7</sup> Sobre el carácter tuitivo de esta jurisprudencia respecto los intereses de aquella parte que se consideraba "débil" en el contrato de obra, Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "La responsabilidad civil por vicios en la construcción...", cit. p. 413. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> D. "El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación". *Aranzadi Civil*, n<sup>o</sup> 19, febrero 2000, p. 28. MESA MARRERO, C. "El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos". *Aranzadi Civil*, n<sup>o</sup> 13, noviembre 2001, p. 16. VICENTE DOMINGO, E. "Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación...", cit. p. 1384.

creación de reglas jurídicas, que acabó por otorgar al citado precepto un contenido y un sentido del que no estaba dotado originariamente<sup>8</sup>.

Precisamente, la elaboración de una regulación general del proceso de edificación había sido reclamada ya desde hace tiempo por parte de los profesionales del sector de la construcción, porque estimaban que la referida doctrina jurisprudencial creada en torno a la aplicación e interpretación del art. 1591 les colocaba en una situación de inseguridad en lo concerniente a la protección de sus legítimos derechos e intereses económicos<sup>9</sup>. Dicha reclamación se basaba, principalmente, en los siguientes argumentos: a) El Tribunal Supremo había ampliado el círculo de los sujetos responsables por los daños causados en los edificios por vicios o defectos constructivos: la legitimación pasiva ya no correspondía sólo al contratista y al arquitecto director, sino que la responsabilidad también se extendía a otros técnicos no mencionados expresamente en el art. 1591 Cc, tales como proyectistas, aparejadores o arquitectos técnicos, ingenieros, subcontratistas, etc. b) La responsabilidad de los diferentes agentes dejó de ser mancomunada e individualizada para presumirse solidaria en aquellos casos en los que no se podía identificar la causa del daño o el grado de participación en el mismo de cada uno de los sujetos intervinientes. c) Se aumentó la extensión del concepto de ruina acuñado por el art. 1591 Cc, respondiéndose ahora no sólo por la pérdida o derrumbamiento del edificio, sino también por aquellas anomalías que, excediendo de las imperfecciones corrientes pero sin comprometer su estabilidad y resistencia, lo hacían impropio para el uso al que debía de ser destinado. Se trataba de la denominada “ruina funcional”. d) La ampliación del concepto de ruina no fue acompañada de una modificación de los plazos de garantía (en los que debía surgir el daño) ni de los plazos de prescripción (en los que se podían ejercitar las acciones de responsabilidad) que atendiese a la entidad de los vicios o defectos surgidos, por lo que la responsabilidad de los agentes de la construcción se extendía excesivamente en el tiempo sin justificación para aquellos vicios o defectos menores de habitabilidad o funcionalidad no constitutivos de ruina en el sentido estricto del término<sup>10</sup>. e) Con base en la expresión “responde de los daños y perjuicios” utilizada por el art. 1591 Cc, las sentencias dictadas en la materia declaraban la obligación del sujeto responsable de proceder al resarcimiento íntegro del daño causado,

---

<sup>8</sup> En opinión de CARRASCO (“La insistente recurrencia de un falso problema: ¿está derogado el art. 1591 Código Civil?”). *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 454, 28 de septiembre 2000, p. 3, “... la tarea emprendida y consumada por nuestros Tribunales en 30 años no puede llamarse interpretativa propiamente dicha. Es evidente para cualquiera que ello es así, hasta el punto de que nadie estaría dispuesto a hacer el ridículo intentando combatir la doctrina jurisprudencial mediante el expediente de desentrañar cuál es el verdadero significado del art. 1591 Cc”. Insiste también en la labor creadora de Derecho llevada a cabo por la jurisprudencia en esta materia, CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2000, p. 296.

<sup>9</sup> En concreto, y tal como vimos en la nota 2 del presente trabajo, estas reclamaciones estaban ya presentes en el “Estudio-informe sobre las atribuciones y obligaciones del Arquitecto, del Aparejador y el Constructor en las obras de arquitectura” del año 1970, así como en la Memoria del GITSE de 22 de marzo de 1973. En palabras de RUIZ-RICO RUIZ (“La responsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil...”, cit. p. 11), “el problema ha sido que este criterio interpretativo de origen jurisprudencial ha acabado generando un efecto tendencioso, consistente en una creciente responsabilización de los técnicos...”.

<sup>10</sup> Vid. VICENTE DOMINGO, E. “Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación...”, cit. p. 1387.

comprendiéndose, entonces, en el ámbito de la reparación, no sólo los daños materiales causados en el edificio, sino también los daños morales, los indirectos y los secuenciales. f) También por vía jurisprudencial se había reconocido la legitimación activa para exigir responsabilidad no sólo al comitente o dueño de la obra, sino también a los sucesivos adquirentes y propietarios, entendiéndose que, por motivo de la venta o transmisión de la propiedad del inmueble, éstos se subrogaban en la misma posición jurídica que ocupaba aquél frente a los agentes intervinientes en el proceso de construcción, incluyéndose, por supuesto, la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos constructivos.

Por último, la necesidad de contar con una Ley que abordase globalmente y de manera pormenorizada la disciplina jurídica del proceso de edificación, así como la responsabilidad de los agentes intervinientes en el mismo, encontraba igualmente su justificación no sólo en la circunstancia de que la normativa vigente fuese cualitativamente obsoleta e inadecuada, sino también en el hecho de que aquélla era al mismo tiempo cuantitativamente escasa e insuficiente. Pese a su importancia, el sector de la edificación constituía un campo de actividad en buena medida “desordenado” por una pluralidad de regulaciones dispersas, fragmentarias y de rango reglamentario<sup>11</sup> que, en cualquier caso, contrastaban frontalmente con la profusa y abundante legislación dedicada a lo que se ha dado en llamar “la materia prima del proceso edificatorio”: el suelo<sup>12</sup>.

### **1.2. Objeto y finalidad**

Tal y como se deduce de su Exposición de Motivos y de su art. 1<sup>13</sup>, entre los objetivos prioritarios de la LOE figuran los siguientes: a) Regular en los aspectos esenciales el proceso de edificación. b) Actualizar y completar la configuración legal de los agentes que intervienen en dicho proceso. c) Fijar las obligaciones y responsabilidades de los referidos agentes. d) Cubrir la garantía a los usuarios en base a una definición de los requisitos básicos que deben cumplir los edificios<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Vid. XIMÉNEZ DE SANDOVAL, E. y SANTANA AROZENA, F. “El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE”, en AA.VV. *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2001, p. 18.

<sup>12</sup> En gráfica, pero descriptiva, expresión, utilizada por GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> DEL C. “Comentario al art. 1 LOE”, cit. p. 24. La Exposición de Motivos de la LOE cita como “motivos que justifican sobradamente éste la Ley” los siguientes: dar continuidad a la legislación del suelo; ordenar la construcción de los edificios; superar la discrepancia existente entre la legislación vigente y la realidad por la insuficiente regulación del proceso de la edificación; establecer el marco general en el que pueda fomentarse la calidad de los edificios; fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños. Para un desarrollo doctrinal de esta motivación, Vid. FERNÁNDEZ VALVERDE, R. “Justicia y arquitectura”, cit. pp. 460 a 465.

<sup>13</sup> El número 1 de la Exposición de Motivos de la LOE señala que “El objetivo prioritario es regular el proceso de la edificación actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías a los usuarios en base a una definición de los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios”. Por su parte, el art. 1.1 de este mismo cuerpo legal comienza afirmando que “Esta Ley tiene por objeto regular en los aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías para el adecuado desarrollo del mismo...”.

<sup>14</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, L. “Comentario a la Exposición de Motivos de la LOE”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. L. Parejo (dir). Ed. Tecnos. Madrid 2001, p. 19.



Ahora bien, conviene subrayar que la LOE se marca estos objetivos no considerándolos por sí mismos, sino concibiéndolos instrumentalmente como medios para alcanzar las metas que su propio art. 1.1 define como sus fines principales<sup>15</sup>: asegurar la calidad de los edificios mediante el cumplimiento de los requisitos básicos en su construcción, así como garantizar la adecuada protección de los intereses de los usuarios<sup>16</sup>.

### *1.2.1. El aseguramiento de la calidad en las edificaciones*

Por lo que se refiere al primero de los fines mencionados, parece que el aseguramiento de la calidad de los edificios es una cuestión que preocupa especialmente al legislador español, puesto que a lo largo de la LOE las alusiones a esta cuestión se reiteran frecuentemente<sup>17</sup>. Por una parte, la calidad en la construcción se pretende garantizar mediante la exigencia legal de unos requisitos básicos que deben concurrir en toda edificación y que aluden a la funcionalidad (disposición y dimensiones de espacios, accesibilidad, servicios de telecomunicaciones y audiovisuales), a la seguridad (estructural, en caso de incendio, y de utilización) y a la habitabilidad (higiene, salud y protección del medio ambiente, protección contra el ruido, ahorro de energía y aislamiento térmico), según lo dispuesto en el art. 3.1 LOE. Por otra parte, parece que el legislador liga la noción de calidad a la inexistencia de los vicios o defectos que se contemplan en el art. 17 LOE. En la hipótesis de que un edificio padezca alguna de estas deficiencias, los agentes intervinientes en su construcción deberán responder por los daños causados, ya que se estarían incumpliendo las exigencias legales mínimas de calidad<sup>18</sup>. A este respecto, interesa resaltar que la LOE, no sólo exige responsabilidad a quienes intervienen en el proceso de edificación por los daños derivados de vicios o defectos estructurales (art. 17.1.a) y de los vicios o defectos que impliquen un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad (art. 17.1.b), sino que también establece la responsabilidad exclusiva del constructor por los daños materiales causados por vicios o defectos de ejecución que afecten a los elementos de terminación y acabado (art. 17.1.b párrafo segundo)<sup>19</sup>. De acuerdo con

<sup>15</sup> Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> DEL C. “Comentario al art. 1 LOE”, cit. p. 27.

<sup>16</sup> En su última parte, el citado art. 1.1 LOE finaliza diciendo que los objetivos a los que antes nos hemos referido se regulan “...con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios”.

<sup>17</sup> Así, podemos encontrar menciones a la exigencia de calidad en los edificios en los siguientes preceptos: en la Exposición de Motivos en sus párrafos tercero y cuarto, así como en el párrafo segundo del número 2 y en el párrafo segundo del número 8; en el articulado, destacan los arts. 1.1, 3.2 (párrafo primero), 11.2.a), 13.1, 14.1, 14.2, 14.3, 15.3.a), 15.3.b). En la doctrina resalta también esta preocupación legal por la exigencia de calidad, FUENTESECA, C. “La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación deroga...”, cit. p. 450.

<sup>18</sup> Vid. SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. L. Parejo (dir). Ed. Tecnos. Madrid 2001, p. 325.

<sup>19</sup> Repárese en que estos tres apartados del art. 17 LOE coinciden esencialmente con los requisitos básicos que ha de cumplir toda edificación según el art. 3 de la propia LOE. Los vicios o defectos estructurales corresponderían a los requisitos de seguridad; el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad correspondería con los requisitos de funcionalidad y habitabilidad; mientras que los vicios o defectos de ejecución en elementos de terminación o acabado se podrían incluir en los requisitos de funcionalidad y, especialmente, en la letra c.4) del apartado c) del art. 3.1 LOE, el cual hace referencia a “otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio”.

el razonamiento antes esgrimido, si el constructor responde de los daños derivados de vicios o defectos que afecten a elementos de terminación y acabado, se deduce que la ausencia de tales deficiencias constituye una exigencia mínima de calidad que ha de cumplir todo edificio, pues de lo contrario no se establecería tal responsabilidad. En consecuencia, para la LOE sólo se cumplirán los niveles mínimos de calidad exigibles cuando el edificio construido carezca no sólo de defectos estructurales o de habitabilidad que lo hagan impropio para el uso al que iba a ser destinado, sino también de cualesquiera otros defectos menores de terminación o acabado. Dicho de otro modo, para que un edificio cumpla las exigencias legales mínimas de calidad no es suficiente con que sea mecánicamente resistente, estable y habitable, sino que también es necesario que se encuentre correctamente terminado y acabado.

### *1.2.2. La protección de los usuarios y adquirentes de edificios o parte de los mismos*

Por lo que atiene al segundo de los fines antes mencionados y recogidos en el art. 1.1, se aprecia igualmente una seria preocupación de la LOE por asegurar la protección de los legítimos intereses y derechos de los usuarios de edificios frente a los daños que pudieran padecer como consecuencia de vicios o defectos constructivos. Así por ejemplo, la protección de los usuarios aparece como motivo que justifica la promulgación de la Ley<sup>20</sup>, como objetivo prioritario de la misma<sup>21</sup> y, además, como fin último a alcanzar por la regulación legal<sup>22</sup>. Partiendo de esta evidente preocupación y basándose, principalmente, en el hecho de que la Exposición de Motivos de la LOE califica el compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños como una aportación más a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, algunos autores han entendido que la LOE tiene como finalidad primordial la protección del consumidor<sup>23</sup>.

A este respecto, conviene efectuar las siguientes precisiones y matizaciones:

- En ningún momento la Ley utiliza el término “consumidor” para referirse al sujeto de la protección frente a los daños causados en los edificios por vicios o defectos constructivos, sino que únicamente se hace uso del término “usuario”<sup>24</sup>.
- Aun cuando la Ley usase el término “consumidor”, resultaría claro que éste no podría ser interpretado en el sentido estricto de su concepto jurídico propio del art. 1.2 LGDCU, sino en un sentido amplio como sinónimo de simple adquirente o usuario en general, pues de ningún precepto se puede deducir que la protección

---

<sup>20</sup> Vid. párrafo cuarto de la Exposición de Motivos de la LOE.

<sup>21</sup> Vid. número 1 de la Exposición de Motivos de la LOE.

<sup>22</sup> Vid. párrafo segundo del número 2 y párrafo segundo del número 8 de la Exposición de Motivos y art. 1.1 LOE.

<sup>23</sup> FUENTESECA, C. “La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación...”, cit. p. 450. GARCÍA MÁS, FCO. J. y MARTÍN VIDAL, J. A. “Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación”. *RCDI*, nº 664, marzo-abril 2001, p. 651. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 41.

<sup>24</sup> Por ejemplo, se pueden citar los párrafos segundo, cuarto, el número 2 (párrafos segundo y cuarto) y el número 8 (párrafo segundo) de la Exposición de Motivos, así como el art. 1.1 LOE.

dispensada por la LOE a los adquirentes de edificios o partes de los mismos se haga depender de su condición de destinatarios finales de dichos productos; es decir, la tutela jurídica se dispensa con independencia de que el adquirente sea o no un consumidor en sentido estricto; al margen de que sea o no un destinatario final del producto<sup>25</sup>. c) Sin perjuicio de lo anterior, se podría afirmar en sentido estricto la condición de consumidor del adquirente de un edificio o de partes del mismo cuyo destino exclusivo sea su uso como vivienda. Ahora bien, ello no quiere decir que este concreto adquirente goce en la LOE de un *plus* de protección frente a los restantes propietarios que dediquen los inmuebles adquiridos a otros usos distintos del de vivienda. Esa protección adicional sólo podría provenir de las normas generales tuitivas del consumidor, tales como la Ley General para la Defensa del Consumidor y Usuario<sup>26</sup> o la Ley de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos, en el supuesto de defenderse su compatibilidad con el régimen de la LOE<sup>27</sup>.

Esta finalidad tuitiva de los intereses de los adquirentes, manifestada como un principio general en la Exposición de Motivos y en el art. 1.1 LOE, viene luego a materializarse en concretos y específicos extremos del articulado de la propia Ley, entre los que merece destacar, a modo de ejemplo y sin pretensiones de exhaustividad, los siguientes:

- a. En el párrafo primero del art. 17.1 LOE se afirma que las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos. Por primera vez una norma reconoce de modo expreso que están legitimados activamente para exigir responsabilidad no sólo los propietarios o comitentes de las obras, sino también los sucesivos adquirentes de las mismas; y ello sin necesidad de aquellas artificiales piruetas que tenía que ejecutar el Tribunal Supremo para reconocer su legitimación entendiéndolo que se subrogaban en la posición jurídica que el comitente ocupaba en el contrato de obra. Se trata, sin duda, de una apuesta decidida a favor de la protección de los usuarios y adquirentes de edificios o parte de los mismos, pues su tutela se reconoce expresamente y con independencia de su participación o no en el contrato de obra. Basta con ser propietario para poder gozar de la protección dispensada por la Ley.

---

<sup>25</sup> Vid. SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 324. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “Los principios básicos de la nueva Ley y la responsabilidad por vicios o defectos constructivos. La LOE y la protección de los consumidores”, en AA.VV. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. J. M. Ruiz-Rico y M<sup>a</sup> L. Moreno-Torres (coords). Ed. Comares. Granada 2002, p. 20.

<sup>26</sup> En opinión de ALVAREZ OLALLA (*La responsabilidad por defectos en la edificación*, cit. p. 14), “Que el consumidor de vivienda está incluido en el ámbito de protección de esta última Ley [LGDCU] lo confirma el hecho de que el Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, a los efectos de lo establecido en los arts. 2.2 y 6 de la LGDCU, establece como bien de uso o consumo, ordinario y generalizado, la vivienda habitual (Anexo I). Asimismo, en el Anexo II se establece que la vivienda se considera bien de naturaleza duradera, a los efectos de aplicación del art. 11.2 y 11.5 LGDCU”.

<sup>27</sup> En concreto, sobre la cuestión de la compatibilidad entre la LOE y la Ley de Responsabilidad Civil por productos defectuosos, puede consultarse PASTOR VITA, F. J. “Panorama general de las acciones utilizables por los sujetos afectados por vicios o defectos constructivos”, en AA.VV. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. J. M. Ruiz-Rico y M<sup>a</sup> L. Moreno-Torres (coords). Ed. Comares. Granada 2002, p. 345 y ss.

- b. Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, la LOE se encarga de enumerar y definir la figura de cada uno de los agentes que intervienen en el proceso de edificación, además de detallar las funciones, competencias y obligaciones que les corresponden (Vid. arts. 8 y ss). Esta circunstancia redundante positivamente en el interés de los usuarios o adquirentes de edificios, pues al detallarse las obligaciones de los agentes se contribuye a delimitar con mayor claridad sus responsabilidades. Como aspecto novedoso, el párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE introduce la responsabilidad exclusiva del constructor por los daños materiales causados por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación y acabado. Esta nueva responsabilidad supone un indudable beneficio para los adquirentes de inmuebles, pues garantiza la reparación de casi cualquier clase de daño material derivado de vicios o defectos constructivos, por muy poca entidad o relevancia que aquél tenga<sup>28</sup>.
- c. Por lo que respecta a la distribución de la responsabilidad, los arts. 17.2 y 17.3 LOE confirman una consolidada línea jurisprudencial al afirmar que la responsabilidad se exigirá solidariamente cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños o no pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido. De este modo, se contribuye a proteger los intereses de los adquirentes y usuarios, pues, siempre que en los plazos legales se produzca un daño por un defecto de construcción, se asegura la existencia de un sujeto responsable, aun en aquellos supuestos en los que no se pueda determinar la causa del daño o el grado de intervención de los agentes en el mismo. A ello hay que añadir, como novedad importante, que el propio art. 17.3 LOE dispone que “*en todo caso*” el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción. Por lo tanto, la Ley configura al promotor como un garante incondicional<sup>29</sup> frente a los adquirentes, pues responde solidariamente en todo caso y no sólo cuando no resulte posible identificar la causa del daño o la cuota de responsabilidad imputable a cada partícipe<sup>30</sup>.
- d. El art. 19 LOE exige a los constructores y promotores la contratación de un seguro para garantizar el resarcimiento de los eventuales daños materiales que se pudieran causar por vicios o defectos constructivos. Esta exigencia

<sup>28</sup> En un sentido similar, Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “Los principios básicos de la nueva Ley y la responsabilidad por vicios o defectos constructivos...”, cit. p. 21.

<sup>29</sup> Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 452. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> D. “El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. pp. 38 y 39. En opinión de RUIZ-RICO RUIZ (“Los criterios de imputación de los distintos agentes de la edificación: la delimitación de su ámbito de responsabilidad”, en AA.VV. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. J. M. Ruiz-Rico y M<sup>a</sup> L. Moreno-Torres (coords). Ed. Comares. Granada 2002, p. 144) el hecho de que el promotor tenga la condición de artífice de todo el proceso constructivo, supone la consecuencia de que asuma una función de garante incondicional frente a los perjudicados por la actuación de todos los agentes implicados en esa misma labor de edificación. Vid, igualmente, CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 del Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 431.

<sup>30</sup> Más ampliamente sobre esta cuestión, CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 321.

se ha dado en llamar “la garantía de la garantía”<sup>31</sup>. Se trata de un sistema de aseguramiento antes inexistente que se establece con la finalidad de garantizar la eficacia real de aquellas garantías que la Ley otorga a los adquirentes y usuarios frente a los daños causados por vicios o defectos constructivos. La implantación de este concreto tipo de seguros supone un claro beneficio para los intereses de los adquirentes, pues mediante el aseguramiento se consigue garantizar la reparación del daño, frente a ciertos riesgos muy frecuentes que a menudo hacían inviable en la práctica la reclamación de responsabilidad, tales como la insolvencia del sujeto responsable o la repentina desaparición de una empresa promotora “fantasma”<sup>32</sup>.

Sin embargo, y aunque la LOE insista reiteradamente en que uno de sus fines prioritarios lo constituye la protección de los usuarios y adquirentes de edificios o partes de los mismos, no es necesario profundizar demasiado en el contenido de la norma para poder hallar algunos aspectos de la regulación que parecen contradecir esta tendencia tuitiva<sup>33</sup>. De nuevo, a modo de ejemplo, podrían destacarse los siguientes:

- a. Los arts. 17 y 18 LOE han reducido drásticamente la duración de los plazos de garantía y de prescripción. De un plazo único de garantía de diez años se pasa a una trilogía de plazos de diez, tres o un año, dependiendo de la entidad y el tipo de vicio o defecto que origina el daño. Una vez surgido el daño concreto, el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de responsabilidad se vuelve a reducir de quince años (art. 1964 Cc) a dos años.
- b. Al mismo tiempo, tampoco resulta muy beneficiosa para los intereses de los usuarios y adquirentes la fijación del *dies a quo* a partir del cual han de comenzar a contarse los plazos de garantía y prescripción. Según dispone el párrafo primero del art. 17.1 LOE los plazos de garantía (todos ellos y sin distinción) se contarán desde la fecha de la recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas. Ello puede resultar lógico en relación con el comitente de obra, pero en cambio puede generar ciertos perjuicios para los sucesivos adquirentes o propietarios, sobre todo en el caso de los vicios

<sup>31</sup> Vid. SEIJAS QUINTANA, J. A. “La responsabilidad en la LOE: Criterios de imputación”, cit. p. 93.

<sup>32</sup> En gráfica expresión utilizada por RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “La responsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil...”, cit. p. 11.

<sup>33</sup> A este respecto, conviene tener en cuenta que uno de los objetivos perseguidos por la jurisprudencia en torno a la aplicación del art. 1591 Cc, consistía en proteger a los adquirentes y usuarios de edificios o partes del mismo, puesto que se consideraba que éstos eran realmente la parte débil en la contratación, lo que, como sabemos, dio lugar a que se articulara el Derecho en base a una jurisprudencia de intereses (CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 413). Sin embargo, también es necesario recordar que esta jurisprudencia tuitiva de los intereses de los adquirentes y usuarios acabó por generar un efecto tendencioso, consistente en una creciente responsabilización de los técnicos. Por ejemplo, al ampliar el concepto de ruina (dando cabida a la ruina funcional) no se modificaron simultáneamente (como es lógico) los plazos de garantía, por lo que se había ampliado en exceso la responsabilidad de los profesionales de la construcción, pues los vicios de habitabilidad o funcionalidad tenían un plazo de aparición y de garantía idéntico al existente para la destrucción y derrumbamiento total del edificio (Vid. VICENTE DOMINGO, E. “Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación...”, cit. p. 1387). Teniendo en cuenta estos precedentes, el hecho de que existan en la LOE algunos preceptos que favorecen los intereses de los agentes de la edificación contradiciendo la tendencia general de protección de los adquirentes y usuarios, no creemos que puede ser llevado hasta el extremo de permitir afirmar que “a pesar de las buenas intenciones del legislador, la LOE, en su efecto global, ha supuesto un indudable paso atrás en la protección de los intereses de los consumidores”, tal y como opina RUIZ-RICO RUIZ (“Los principios básicos de la nueva Ley y la responsabilidad...”, cit. p. 23).

o defectos de habitabilidad y funcionalidad, los cuales, normalmente, no pueden ser apreciados hasta que se comience a habitar y utilizar el inmueble en cuestión<sup>34</sup>. En consecuencia, el problema estaría en aquellos supuestos en los que hubiese transcurrido bastante tiempo entre el momento de la recepción de la obra y la ocupación de la misma por quienes la adquieran del promotor-vendedor. En esta hipótesis, y dado que el plazo de garantía habría comenzado a correr desde la recepción de la obra, sería muy probable que, en el momento de habitar el inmueble, dicho plazo ya se hubiese agotado o estuviese a punto de expirar, con lo que las posibilidades de exigir la responsabilidad derivada del incumplimiento de los requisitos de habitabilidad de acuerdo con el régimen de la LOE, o bien habría desaparecido, o bien habría quedado drásticamente reducida. En relación con el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de responsabilidad, con anterioridad a la vigencia de la LOE, el Tribunal Supremo había declarado, de acuerdo con la teoría de la *actio nata* del art. 1969 Cc, que dicho plazo comenzaba a correr desde el momento en el que la acción pudo ejercitarse; esto es, sólo desde el instante en el que el perjudicado conocía la existencia del daño. En cambio, según lo prescrito en el art. 18.1 LOE el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de responsabilidad comenzará a contar desde que se produzcan los daños. Es decir, que el plazo de dos años empieza a correr desde que se produce el daño y no desde el momento en que éste fuera conocido por el perjudicado. Por lo tanto, el plazo de prescripción podría comenzar a correr e incluso agotarse cuando el daño ya se hubiera producido pero fuera desconocido para el perjudicado. Ahora bien, como quiera que esta interpretación estricta de la literalidad del art. 18.1 LOE es sumamente perjudicial para los intereses de los adquirentes y usuarios, la doctrina ha postulado una solución más laxa, entendiendo que el plazo de prescripción comienza a correr no desde la producción del daño, ni desde el instante en que efectivamente se conozca su existencia, sino desde el momento en que el daño pudiera ser objetivamente conocido por el perjudicado, ya que, como afirma CORDERO LOBATO, “el daño no se produce antes de que sea objetivamente posible que el perjudicado lo conozca”<sup>35</sup>.

- c. Atendiendo a lo prescrito en la Disp. Adicional Segunda LOE, el aseguramiento de las responsabilidades derivadas de los daños causados por vicios o defectos constructivos al que se refiere el art. 19 LOE, sólo resulta obligatorio para el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos estructurales en aquellos edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Por lo tanto, queda excluida la obligación de constitución del seguro en los

<sup>34</sup> Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, en AA.VV. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. J. M. Ruiz-Rico y M<sup>a</sup> L. Moreno-Torres (coords). Ed. Comares. Granada 2002, p. 220.

<sup>35</sup> Vid. CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 18 LOE”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2000, p. 353.

siguientes supuestos: edificios destinados a cualquier otro uso distinto del de vivienda, cualesquiera que sean los vicios o defectos causantes de los eventuales daños; edificios destinados a vivienda en lo referente al resarcimiento de los daños causados por incumplimiento de los requisitos de habitabilidad; y edificios destinados a vivienda en lo relativo al resarcimiento de los daños derivados de vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación y acabado. En todos estos casos excluidos, la constitución obligatoria del seguro queda remitida a un hipotético y futuro Real Decreto que así la establezca. En definitiva, la limitación legal del carácter imperativo del sistema de aseguramiento, priva a éste, en buena medida, de su teórica efectividad para proteger los intereses de los adquirentes y usuarios, pues no garantiza en todos los supuestos la efectiva reparación del daño<sup>36</sup>.

- d. Tal y como señala el párrafo primero del art. 17.1 LOE, el régimen de responsabilidad regulado en esta Ley resulta únicamente aplicable a los daños materiales causados en el edificio, por lo que quedan excluidos otros tipos de daños tales como los morales, los corporales, los causados en edificios colindantes, en los muebles existentes en el edificio, en concepto de gastos de realojo, etc. Dicha exclusión no significa que tales daños no sean indemnizables, sino simplemente que su reparación y resarcimiento se llevará a cabo de acuerdo con las reglas generales de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual. Esta circunstancia complica la posición del usuario o adquirente, ya que para obtener la reparación íntegra de todos los perjuicios y daños derivados del vicio o defecto constructivo tendrá que plantear diversas acciones. Aunque, según lo dispuesto en los arts. 71 a 73 LECiv/2000, esa pluralidad de diversas acciones pueda ser acumulada en un único proceso por derivar de un mismo supuesto fáctico y por razones de economía procesal, lo cierto es la complejidad no desaparece del todo, ya que el actor se verá obligado a distinguir claramente las distintas partidas resarcitorias y su fundamento legal<sup>37</sup>.

## 2. Los daños materiales ocasionados en el edificio

Tomándose como punto de partida la expresión utilizada por el art. 1591 Cc “... responde de los daños y perjuicios...”, tradicionalmente se entendía que, bajo el ámbito de la responsabilidad decenal por ruina, tenían cabida todos aquellos daños, lesiones, perjuicios y desperfectos que trajeran causa del mismo vicio o defecto constructivo, ya fuesen materiales, morales, corporales, indirectos o secuenciales. De hecho, no pocas sentencias del Tribunal Supremo en la materia declaraban la obligación del sujeto responsable de proceder al resarcimiento íntegro de los daños

<sup>36</sup> En un sentido similar, Vid. FONSECA FERRANDIS, F. E. “Comentario a la Disposición Adicional Segunda LOE”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. L. Parejo (dir). Ed. Tecnos. Madrid 2001, p. 400.

<sup>37</sup> Respecto a esta posibilidad de acumular las diversas acciones, pero con la necesidad de distinguir las distintas partidas resarcitorias a la que se refieren, Vid. MESA MARRERO, C. “El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos”, cit. p. 46.

y perjuicios causados, comprendiéndose, entonces, en el ámbito de la reparación no sólo los daños materiales ocasionados en el edificio, sino también los morales, los indirectos y los secuenciales<sup>38</sup>.

En cambio, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 17.1, el particular régimen de responsabilidad contemplado en la LOE no resulta de aplicación a todos los perjuicios derivados del vicio o defecto constructivo, sino únicamente a los daños materiales ocasionados en el edificio.

### **2.1. Daños materiales**

Debe tratarse, pues, de daños materiales, lo que comporta que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LOE, los daños morales y los corporales. Los daños morales se suelen identificar en la práctica con el sufrimiento psíquico que conllevan algunos perjuicios patrimoniales provocados por los defectos constructivos, o incluso con las repercusiones que en el ámbito psico-afectivo producen las incomodidades, angustias, molestias, intranquilidades y perturbaciones que con frecuencia son inherentes a los daños materiales derivados de vicios de construcción<sup>39</sup>. En cuanto a los daños corporales, quedan descartados tanto aquellos que padezcan los propietarios o usuarios que habiten en el edificio afectado por el defecto constructivo, como los que sufran terceras personas que no tengan nada que ver ni con el proceso de edificación ni con la titularidad de la propiedad o del uso del inmueble dañado (por ejemplo viandantes). Del mismo modo, también quedarán sustraídos del ámbito de la LOE aquellos otros perjuicios causados por vicios constructivos que, aun siendo económicamente evaluables (patrimoniales), no sean propiamente materiales en el sentido estricto del art. 17.1 LOE. Piénsese en el lucro cesante por interrupción de la actividad comercial y por las rentas dejadas de percibir, o en el daño emergente como consecuencia de los gastos de desalojo (mudanza) y por el coste de la vivienda o local de reemplazo<sup>40</sup>.

### **2.2. Edificio. Concepto y extensión del término**

Sin embargo, no todos los daños materiales son susceptibles de resarcimiento conforme al régimen de responsabilidad regulado en la LOE, sino únicamente aquellos que se produzcan en el propio edificio que padece la deficiencia constructiva<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Vid., entre otras, SSTS. 29 noviembre 1985 (RJ 5916), 20 marzo 1991 (RJ 2419), 6 abril 1994 (RJ 2940), 22 noviembre 1997 (RJ 8097), 18 junio 1998 (RJ 5064) y 29 enero 1999 (RJ 7).

<sup>39</sup> Según MESA MARRERO (“El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos”, pp. 34 y 37), el resarcimiento de los daños morales ocasionados por anomalías constructivas se reclama normalmente por las personas que tienen en el inmueble afectado su vivienda habitual, y no por los profesionales o empresarios. Especialmente en los casos de ruina total o parcial que provocan un inminente desalojo de los ocupantes de la edificación, ya que en estos supuestos se valora el sufrimiento que han soportado los damnificados por la situación de angustia y frustración que les causa el abandono de sus viviendas.

<sup>40</sup> Se trata de los denominados “daños indirectos”. A respecto, Vid. CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 301.

<sup>41</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 455. Y más específicamente, FUENTESÉCA, C. “La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación deroga el contenido del art. 1591 del Código Civil a partir del 6 de mayo del año 2000”, cit. p. 461. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y PASTOR VITA, F. J. “Los daños cubiertos por la LOE: el concepto de daños materiales en el edificio y su posible justificación. Los sujetos dañados: legitimación activa para reclamar la reparación”, en AA.VV. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. J. M. Ruiz-Rico y M<sup>a</sup> L. Moreno-Torres (coords). Ed. Comares. Granada 2002, p. 65.



Quedan, por lo tanto, excluidos los daños, muy frecuentes en la práctica, ocasionados a edificaciones colindantes como consecuencia de las defectuosas obras de demolición y vaciado del terreno necesarias para construir un nuevo inmueble<sup>42</sup>, y también los denominados daños secuenciales en alusión a los desperfectos que puedan sufrir los muebles y enseres que radiquen en el edificio afectado por vicios constructivos y como resultado de éstos.

### 2.2.1. Interpretación amplia y restringida del concepto legal de edificio

Pese a que voces autorizadas estimen lo contrario<sup>43</sup>, creemos que el art. 2 LOE define el proceso de edificación, pero no aporta una concreta delimitación conceptual de lo que ha de entenderse por “edificio”<sup>44</sup>, lo cual es especialmente trascendente a la hora de determinar si procede o no la aplicación del particular régimen de responsabilidad contenido en la misma<sup>45</sup>. El concepto de edificio puede interpretarse en un sentido restrictivo o en un sentido amplio.

Desde una perspectiva restrictiva de su significado, el edificio se mostraría como una concreta especie perteneciente al género de las construcciones inmobiliarias, la cual se caracterizaría por poseer como objetivo la habitación humana u otros fines similares, siempre relacionados con la posibilidad de ser ocupados por personas para poder desarrollar cualesquiera actividades al resguardo de las inclemencias climáticas. De acuerdo con ello, todo edificio sería una construcción inmobiliaria; en cambio, existirían construcciones inmobiliarias que no serían edificios y, por este motivo, quedarían así excluidas del ámbito de aplicación de la LOE: por ejemplo, un dique, un pantano, una presa, un embalse, etc<sup>46</sup>. El fundamento principal de esta tesis conceptual restrictiva reside en la dificultad de aplicar a esas otras construcciones inmobiliarias los requisitos básicos que ha de observar toda edificación, según el art. 3 LOE, y en especial los relativos a la habitabilidad<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Vid. SEIJAS QUINTANA, J. A. “La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación”, cit. p. 110.

<sup>43</sup> Vid. CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I). El concepto legal de edificio”, en AA.VV. *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*. J. M. Ruiz-Rico y M<sup>a</sup> L. Moreno-Torres (coords). Ed. Comares. Granada 2002, p. 27. CORDERO LOBARO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 302.

<sup>44</sup> En esta cuestión, consideramos acertada la precisión efectuada por SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 329. Vid. igualmente, LACABA SÁNCHEZ, F. “Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1591 del Código Civil”. *La Ley* 2000-1, p. 1622. JIMÉNEZ MORAGO, J. T. “Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación. ¿Subsiste el art. 1591 Cc?”. *La Ley* 2001-6, p. 1435.

<sup>45</sup> En palabras de CASTRO BOBILLO (“Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 420: “Comentario al art. 2 LOE”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. L. Parejo (dir). Ed. Tecnos. Madrid 2001, cit. p. 63, “La noción de edificio es, pues, el primer criterio para delimitar el ámbito objetivo de la Ley”. De lo que se deduce que si no tenemos suficientemente claro lo que deba de entenderse por “edificio” en el contexto de la LOE, tampoco podremos delimitar con claridad el ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad contemplado en la misma.

<sup>46</sup> En opinión de CORDERO LOBARO (“Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 303), “no están sujetos al régimen de responsabilidad de la LOE los vicios o defectos constructivos de obras inmobiliarias que no constituyan edificio en el amplio sentido del artículo 2 LOE, es decir, el edificio en sí y las instalaciones y elementos de urbanización adscritos (p. ej. embalses, pantanos, autopistas, etc.)”.

<sup>47</sup> Así lo considera CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 421. Ídem. “Comentario al art. 2 LOE”, cit. p. 63.

Desde una visión amplia de su sentido, el edificio se mostraría como el producto o resultado final de todo proceso de edificación<sup>48</sup>, pero entendiendo la actividad de edificar no estrictamente como sinónimo de construir un edificio, sino ampliamente como la acción de fabricar, construir o levantar una obra inmobiliaria. De este modo, el concepto de edificio se interpretaría aludiendo no a la especie concreta, sino al género al que pertenece, en cuanto obra de construcción inmobiliaria<sup>49</sup>.

Con anterioridad a la vigencia de la LOE, esta concepción amplia del término “edificio” fue defendida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la interpretación de los arts. 1591, 334, 389, 391, 1907 y 1908 Cc<sup>50</sup>, así como postulada por la doctrina mayoritaria, entre los que, como es sobradamente conocido, destacaba SALOM ANTEQUERA, quien opinaba que no era preciso que la obra o fábrica estuviese sobre el suelo para que fuese edificio, bastando con que “sea una obra de albañilería, forjada con materiales de varias clases, que esté adherida de una manera permanente al suelo y destinada a un fin humano (...) sin que en ello influya nada el que esté en la superficie (pared, casa, palacio, puente, canal, etc) o en el subsuelo (sótano, cueva, subterráneo, túnel, mina, depósito de agua, etc)”<sup>51</sup>.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE, algunos autores han sostenido la tesis amplia del concepto de edificio<sup>52</sup>, basándose, entre otros, en los siguientes argumentos:

- a. El hecho de que no puedan cumplir todos los requisitos de habitabilidad contemplados en el art. 3.1.c) LOE, no es razón para dejar esas construcciones que no son edificios en sentido estricto al margen del régimen de responsabilidad regulado en la LOE<sup>53</sup>, pues hay que tener en cuenta, por una parte, que “habitabilidad” no es únicamente sinónimo de cumplimiento de los requisitos

<sup>48</sup> Vid. CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I). El concepto legal de edificio”, cit. p. 25. GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> DEL C. “Comentario al art. 2 LOE”, AA.VV. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2000, p. 62. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. pp. 70 y 71.

<sup>49</sup> Para CABANILLAS SÁNCHEZ (“La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 432), “no debe mantenerse una noción estricta de edificio, sino que ha de interpretarse aludiendo al género al que pertenece, en cuanto obra de construcción inmobiliaria”.

<sup>50</sup> Véanse, a título de ejemplo, SSTS. 25 febrero 1987 (RJ 736), 31 octubre 1990 (RJ 8276), 9 marzo 1998 (RJ 1269) y 29 septiembre 2000 (RJ 7534).

<sup>51</sup> SALOM ANTEQUERA, S. *La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas, según el Código Civil español*. Anales de la Universidad de Valencia. Año XVII, 1940-41, Cuaderno 129. Valencia 1940, pp. 45 y 46. Véanse, como igualmente significativos, GARCÍA CANTERO, G. “La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código Civil”. *ADC*, octubre-diciembre 1963, p. 1103. HERRERA CATENA, J. *Responsabilidades en la construcción*. T. I. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores. Vol. I. No consta editorial. Granada 1983, p. 238 y ss.

<sup>52</sup> Vid., entre otros, GONZÁLEZ POVEDA, P. “Comentario al art. 1591 Cc”, en AA.VV. *Comentario del Código Civil*. T. VII. I. Sierra (dir). Ed. Bosch. Barcelona 2000, p. 631. FEMENÍA LÓPEZ, P. J. *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios (De acuerdo con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2000, p. 101 y ss. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 429 y ss. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> D. “El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. pp. 29 y 30. CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I) ...”, cit. p. 26 y ss. SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 328 y ss.

<sup>53</sup> CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I) ...”, cit. p. 28.

de higiene, salud, medioambientales, de protección contra el ruido, ahorro de energía y aislamiento térmico, sino también de otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio (art. 3.1c.4 LOE). En este último punto, la exigencia de habitabilidad se equipararía a lo que anteriormente se conocía como “ruina funcional”, la cual comprendía aquellos vicios o defectos que, excediendo de las imperfecciones corrientes, convierten al inmueble en impropio para ser destinado al uso que le corresponde<sup>54</sup>. Resulta obvio que los requisitos de habitabilidad así entendidos podrán ser cumplidos no sólo por los edificios en sentido estricto, sino también por otras construcciones inmobiliarias que no lo sean, pues aunque un pantano, un dique, o una presa no hayan sido concebidos para albergar la habitación humana sí pueden padecer algún defecto constructivo, en sí mismas o en sus instalaciones, que las haga impropias para el uso respecto el cual se destinan. Por otra parte, de las letras a), b) y c) del art. 2.1 LOE, parece poder deducirse que el uso al que se haya de destinar un edificio es indiferente a los efectos de la aplicación de dicha Ley: puede ser cualquier tipo de uso además de los enumerados expresamente<sup>55</sup>. En efecto, la LOE no limita los usos de un edificio a la habitación humana y similares<sup>56</sup>, sino que también extiende su ámbito de aplicación a “todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores”. Incluso algunos de los usos enumerados expresamente en el propio art. 2.1.b) serían de imposible aplicación si la Ley hubiese optado por un concepto restringido de edificio ligado a la habitación u ocupación humana.

- b. Tras la promulgación de la LOE ya no tiene sentido efectuar una distinción tajante entre edificios de mayor entidad (a los que se aplicaría el régimen especial de responsabilidad) y edificios de menor entidad (que quedarían excluidos del régimen especial), ya que el nuevo sistema de responsabilidad abarca todo tipo de vicios constructivos, incluidos los de muy poca relevancia económica<sup>57</sup>. Esto significa que los defectos contemplados legalmente pueden aparecer en toda clase de construcciones y con independencia de que su finalidad primordial sea la de servir para la ocupación y habitación humana, de lo que se concluye que el particular régimen de responsabilidad regulado en la LOE es aplicable a toda obra inmobiliaria con independencia de cuál sea el uso al que se destina.

<sup>54</sup> Vid. CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 310. FEMENÍA LÓPEZ, P. J. “La posible extensión de los plazos de garantía establecidos en el art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación al ámbito de la responsabilidad extracontractual”, en A.A.VV. *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. J. A. Moreno (coord.). Ed. Dykinson. Madrid 2000, p. 660. MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 200. SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 336.

<sup>55</sup> Como bien señala SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 329.

<sup>56</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> D. “El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 30.

<sup>57</sup> Este es otro de los argumentos que CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ (“Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I) ...”, cit. p. 28 esgrimen para defender una concepción amplia del término edificio a efectos de responsabilidad ex art. 17 LOE.

- c. En defensa de la tesis que postula el carácter amplio del concepto de edificio manejado por la LOE, se podrían citar también los arts. 2.2.b) y 2.3 LOE. Según el primero de estos preceptos, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, no sólo tienen la consideración de edificio las obras de nueva construcción, sino también las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios. La segunda de las normas citadas amplía la consideración de edificio a sus instalaciones fijas y equipamiento propio, así como a los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio<sup>58</sup>.
- d. En múltiples ocasiones la doctrina ha utilizado la definición de “edificio” suministrada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para iniciar la exposición relativa a la determinación del significado de este concepto a efectos de la denominada responsabilidad civil por vicios constructivos o para tratar de justificar, en este ámbito, una interpretación estricta del término como ligado a la habitación humana u otros usos similares. Esta utilización no puede extrañar toda vez que el citado Diccionario definía el edificio como “Obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos, como casa, templo, teatro, etc”. Sin embargo, consultada la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (año 2001), así como su actual edición electrónica<sup>59</sup>, observamos que ahora se entiende por edificio “Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos”. En consecuencia, parece que incluso el lenguaje común ha abandonado la concepción estricta del término “edificio”, pues, pese a que se sigue hablando de construcciones destinadas a la habitación humana, el concepto se ha extendido a “otros usos” sin que necesariamente éstos hayan de ser análogos a los de habitación humana. Al igual que comentábamos antes respecto a la LOE, según la Real Academia Española de la Lengua, para que una construcción pueda ser considerada como edificio es indiferente el uso al que esté destinada, siendo suficiente para ello con que sea fija y hecha con materiales resistentes; requisitos éstos que perfectamente cumplen un dique, un embalse, una presa, etc.

### *2.2.2. Edificios permanentes y provisionales. El fenómeno de la prefabricación*

Ya se defienda un concepto amplio o restringido de edificio, lo cierto es que éste ha de tener un carácter permanente (art. 2.1 LOE), por lo que quedan excluidas del régimen de responsabilidad regulado en la LOE las edificaciones provisionales. La provisionalidad o temporalidad de destino de las edificaciones

---

<sup>58</sup> Vid. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> D. “El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 30 y SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 329.

<sup>59</sup> Vid. [www.rae.es](http://www.rae.es).

ha de fundarse objetivamente en la naturaleza de la obra<sup>60</sup>. Así, serán provisionales aquellos edificios que, de acuerdo con su naturaleza, hayan sido construidos única y exclusivamente para atender unas necesidades también de carácter provisional, de tal modo que la edificación desaparecerá cuando desaparezcan las necesidades que justificaron su construcción y existencia. También se han considerado provisionales aquellas construcciones inmobiliarias cuya vida queda limitada por la fijación de un término temporal que en su duración no excede de los plazos de garantía legalmente contemplados en el art. 17.1.a) y b) LOE<sup>61</sup>. En consecuencia, para saber si un edificio carece o no de carácter permanente no puede acudir al concepto de obras provisionales propio de la legislación urbanística<sup>62</sup>, pues en ellas la provisionalidad deriva de la esencial revocabilidad de la licencia que las autoriza hasta la aprobación del planeamiento correspondiente<sup>63</sup>.

La exigencia legal consistente en que los edificios tengan un carácter permanente no constituye obstáculo alguno para admitir la aplicación del especial régimen de responsabilidad contemplado en la LOE a las edificaciones prefabricadas:

- a. Provisionalidad y prefabricación no son cuestiones que necesariamente vayan asociadas en todo caso. Un edificio prefabricado sólo será provisional cuando haya sido construido para servir a necesidades también provisionales o cuando su existencia quede limitada a un término temporal cuya duración sea inferior a los plazos de garantía legalmente tipificados en el art. 17 LOE. Pero si la edificación prefabricada hubiese sido concebida para atender a necesidades permanentes, sin estar tampoco sometida su existencia a ningún

<sup>60</sup> En este entendimiento, véanse, entre otros, SALVADOR CODERCH, P. "Comentario al art. 1591 Cc", en AA.VV. *Comentario del Código Civil*. T. II. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid 1991, p. 1190. HERRERA CATENA, J. *Responsabilidades en la construcción*, T. I. Vol. I, cit. pp. 243 y 244. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 74. CORDERO LOBATO, E. "Comentario al art. 17 LOE", cit. p. 303. FEMENÍA LÓPEZ, P. J. *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, cit. p. 103. CASTRO BOBILLO, J. C. "Comentario al art. 2 LOE", cit. p. 64. Ídem. "Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación", cit. p. 421. CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. "Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I) ...", cit. p. 42 y ss.

<sup>61</sup> Pese a la claridad con la que se pronuncia el art. 2.1 LOE, algunos autores se muestran reticentes a excluir del ámbito de aplicación de la Ley a este concreto tipo de edificaciones provisionales, considerando que, aunque no es posible reclamar responsabilidad más allá de ese tiempo de duración predeterminado (ello supondría concederles un plazo de garantía mayor que su propia temporalidad), sí podría exigirse responsabilidad conforme a la LOE cuando los daños derivados de vicios o defectos constructivos acontezcan dentro del término de duración previsto para estas edificaciones. Estas ideas fueron inicialmente expuestas, entre otros, por HERRERA CATENA, J. *Responsabilidades en la construcción*. T. I. Vol. I, cit. p. 243 y LUCAS FERNÁNDEZ, F. "Comentario al art. 1591 Cc", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XX. Vol II. M. Albaladejo (dir). Ed. Edersa. Madrid 1986, p. 281, siendo en la actualidad retomadas por ALVAREZ OLALLA, P. *La responsabilidad por defectos en la edificación*, cit. p. 24. CASTRO BOBILLO, J. C. "Comentario al art. 2 LOE", cit. pp. 64 y 65. Ídem. "Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación", cit. p. 421. CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. "Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I) ...", cit. p. 42 y ss.

<sup>62</sup> Vid. art. 17 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones; art. 136.1 del RDL 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, así como el art. 56.2 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976.

<sup>63</sup> CORDERO LOBATO, E. "Comentario al art. 17 LOE", cit. pp. 303 y 304. CASTRO BOBILLO, J. C. "Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación", cit. p. 422. Ídem. "Comentario al art. 2 LOE", cit. p. 65.

plazo de duración predeterminado, no habrá inconveniente alguno en aplicar el régimen de responsabilidad de la LOE para los daños derivados de los vicios o defectos que se hayan apreciado en su construcción.

- b. El proceso de edificación puede consistir en fabricar en la propia obra todos y cada uno de los elementos que hayan de ser incorporados y montados en la construcción inmobiliaria. Pero también puede acontecer, (cosa que es muy frecuente en la actualidad), que algunos de los elementos de la edificación no hayan sido construidos en la obra, sino que vengan ya previamente fabricados, teniendo sólo que ser instalados, fijados o acoplados a la construcción inmobiliaria. Sería un edificio prefabricado sólo parcialmente. Incluso, podría darse el caso de que todos y cada uno de los elementos de la obra inmobiliaria hayan sido previamente fabricados mediante procesos industriales, por lo que la actividad constructiva se vería reducida al montaje y ensamblaje de esos distintos elementos. Sería de un edificio prefabricado totalmente.

Tanto en un supuesto como en el otro, resulta aplicable el régimen de responsabilidad por daños derivados de defectos constructivos contenido en la LOE, porque esta Ley no distingue entre las diversas formas en las que puede ser construido un edificio<sup>64</sup>. De lo contrario, se llegaría al absurdo resultado de otorgar una distinta protección a los intereses de los propietarios o adquirentes de edificios o partes de los mismos, dependiendo exclusivamente de que el sistema de construcción empleado recurriese a procedimientos de prefabricación o no. Sin perjuicio de ello, hay que tener presente que cuando se trate de prefabricación parcial, lo prefabricado entrará a formar parte integrante de la edificación y, como consecuencia de ello, ésta atraerá hacia esos elementos previamente fabricados el régimen de responsabilidad regulado en la LOE<sup>65</sup>. Pero pese a esa *vis atractiva* del régimen de responsabilidad de la edificación respecto a los elementos prefabricados, también habrá que atender especialmente a las normas que la LOE dedica a la responsabilidad de los suministradores de productos (arts. 15 y 17.6 LOE) y a las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación (art. 14 LOE) en relación con el cumplimiento de los requisitos básicos recogidos en el art. 3 del mismo cuerpo legal. A diferencia de ello, si el edificio fuese completamente prefabricado, a la par que se restringiría la misión del constructor se ampliarían las funciones del fabricante. Por este motivo, cabría proceder a la asimilación del fabricante a la figura del constructor, con las consiguientes repercusiones a la hora de concretar sus responsabilidades<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Como indica CASTRO BOBILLO (“Del art. 1591 Cc la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 422; “Comentario al art. 2 LOE”, cit. p. 66), “construir o edificar y fabricar no son términos excluyentes, de modo que el proceso de edificación al que se refiere la Ley puede consistir en montar, unir, sujetar, etc, lo previamente fabricado”.

<sup>65</sup> HERRERA CATENA, J. *Responsabilidades en la construcción*. T. I. Vol. I, cit. p. 257.

<sup>66</sup> HERRERA CATENA, J. *Responsabilidades en la construcción*. T. I. Vol. I, cit. p. 257. FEMENÍA LÓPEZ, P. J. *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, cit. p. 105.

### 2.2.3. Tipos de obras que legalmente tienen la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en la LOE

Para el art. 2.2 LOE, tendrán también la consideración de edificación y, por esta razón, se les aplicará el régimen de responsabilidad regulado en la misma, las siguientes obras:

- a. Las obras de nueva construcción, entendiéndose por éstas cualquier actividad que tienda a la realización de elementos constructivos donde antes no los había, bien porque nunca los hubo, o bien porque habiéndolos fueron posteriormente demolidos o se trataba de elementos constructivos más simples<sup>67</sup>.
- b. Las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios. Según los arts. 2.2.b) y 2.2.c) LOE, tendrán este carácter: 1º. Las obras de ampliación, modificación, reforma y rehabilitación que supongan una intervención total, es decir, que afecten a la totalidad de la edificación existente. 2º. Las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que supongan una intervención parcial, siempre que produzcan una variación esencial en la composición general exterior, en la volumetría, en el conjunto del sistema estructural o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio<sup>68</sup>. 3º. Las obras que tengan por objeto edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, ya se trate de una intervención total o de una intervención parcial, siempre y cuando ésta afecte a elementos o partes del edificio que sean objeto de esa protección ambiental o histórica-artística.

Por consiguiente, de la dicción del art. 2.2 LOE, se deduce, tal y como ya había hecho la jurisprudencia en relación con la aplicación del art. 1591 Cc, que quedan excluidas del particular régimen de responsabilidad contemplado en la LOE las denominadas “obras menores”, las cuales se definían como aquellas de sencillez técnica, escasa entidad constructiva y económica que no alteran el volumen ni afectan a la estructura, diseño exterior y condiciones de habitabilidad o seguridad de un inmueble<sup>69</sup>. No obstante, si se repara en lo dispuesto por la LOE se aprecian ahora algunas diferencias importantes: el art. 2.2.a) LOE excluye del ámbito de aplicación de esta Ley las obras de nueva construcción de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta. De acuerdo

<sup>67</sup> En relación con el concepto de obra de nueva construcción, Vid. CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I) ...”, cit. pp. 30, 36 y 37.

<sup>68</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 90.

<sup>69</sup> SSTS. 6 marzo 1978 (RJ 920), 2 febrero 1979 (RJ 471), 13 junio 1980 (RJ 3188), 28 mayo 1981 (RJ 2173), 21 febrero 1984 (RJ 1083), 10 diciembre 1986 (RJ 1987, 1035), 15 junio 1988 (RJ 4384), 19 julio 1994 (RJ 5618) y 19 noviembre 1994 (RJ 7816). En la doctrina, Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>o</sup> DEL C. “Comentario al art. 2 LOE”, cit. p. 66 y RODRÍGUEZ MORATA, F. “Comentario al art. 1591 Cc”, en AA.VV. *Comentarios al Código Civil*. R. Bercovitz (dir). Ed. Aranzadi. Pamplona 2001, p. 1829.

con ello, se observa que la LOE ha ampliado sustancialmente la extensión del concepto de “obras menores”<sup>70</sup>, pues bajo esta categoría se comprenden no sólo las obras de modificación, ampliación, reforma o rehabilitación que no alteren la configuración arquitectónica de un edificio, sino también las obras de nueva construcción de escasa entidad constructiva, sencillez técnica, que se desarrollen en una sola planta y no vayan destinadas, ni eventual ni permanentemente, a usos residenciales o públicos.

Como se puede apreciar, nos enfrentamos a un cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de generar cierta inseguridad sobre las obras o edificios que quedan comprendidos o excluidos del ámbito normativo de la LOE, lo cual no carece de relevancia, pues de esta circunstancia dependerá que, para los daños derivados de vicios constructivos, se aplique el especial régimen de responsabilidad regulado en la LOE o el régimen general de responsabilidad contractual o extracontractual contemplado en el Código Civil<sup>71</sup>.

Pese a esa inicial indeterminación, parece que el art. 2.2.a) LOE únicamente pretende excluir del ámbito de aplicación de la Ley a aquellas obras de nueva construcción que reúnan de manera acumulada y concurrente todos y cada uno de los requisitos legalmente exigidos<sup>72</sup>. Siempre que esto se admita, resultará que toda edificación que se desarrolle en dos plantas quedará incluida en el régimen de responsabilidad de la LOE, aunque carezca de toda entidad constructiva y sea sumamente sencilla. Del mismo modo, por muy sencillo que sea un edificio y aun cuando se desarrolle en una sola planta, únicamente bastará que dicha edificación se destine eventual y temporalmente a un uso residencial o público para quedar también incluida en el régimen de responsabilidad de la LOE.

Evidentemente, si se sigue una interpretación de este estilo los supuestos excluidos por este cauce del ámbito de aplicación de la LOE serán sumamente escasos<sup>73</sup> y prácticamente quedarán reducidos a ejemplos como la caseta del perro<sup>74</sup>, la barbacoa<sup>75</sup>, o el típico galpón que el dueño de una finca construye para guardar los utensilios de jardinería. Las naves industriales, aunque se desarrollen en un sola planta y carezcan de carácter residencial o público, sólo quedarán al margen del

<sup>70</sup> Vid. CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 423. Ídem. “Comentario al art. 2 LOE”, cit. p. 69.

<sup>71</sup> Vid. GARCÍA MÁS, F. J. y MARTÍN VIDAL, J. A. “Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 653. FERNÁNDEZ VALVERDE, R. “Justicia y arquitectura”, cit. p. 480. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 89.

<sup>72</sup> Así lo estiman CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I) ...”, cit. p. 45.

<sup>73</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I. *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios (después de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación)*. Ed. Civitas. Madrid 2002, p. 177.

<sup>74</sup> Vid. CARRASCO PERERA, A. “La insistente recurrencia de un falso problema: ¿está derogado el art. 1591 Código Civil?”, cit. p. 5.

<sup>75</sup> Vid. JIMÉNEZ MORAGO, J. T. “Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación. ¿Subsiste el art. 1591 Cc?”, cit. p. 1443.



régimen de responsabilidad de la LOE cuando tengan escasa entidad constructiva y sencillez técnica<sup>76</sup>.

Parece que el legislador ha tratado de reservar la especial garantía que supone el régimen de responsabilidad consagrado en la LOE para aquellos supuestos de complejidad técnica constructiva<sup>77</sup>. Si una obra de nueva construcción tiene una gran entidad constructiva y resulta técnicamente compleja, se aplicará el régimen de responsabilidad de la LOE, siendo absolutamente indiferente que se desarrolle en una sola planta o en varias, o que tenga o no un uso residencial, público o privado. El requisito de la complejidad técnica constructiva es suficiente por sí sólo para determinar la inclusión de una edificación en el ámbito de aplicación de la LOE. En cambio, si una obra de nueva construcción resulta de escasa entidad constructiva y es técnicamente sencilla, será también imprescindible que se desarrolle en una sola planta y que carezca, eventual o permanentemente, de carácter residencial o público para que pueda ser excluida del régimen de responsabilidad contemplado en la LOE. El requisito del sencillez técnica constructiva no basta por sí solo para determinar la exclusión de una obra de nueva construcción del ámbito de aplicación de la LOE. En suma, se trata de una condición necesaria pero no suficiente para la referida exclusión, lo cual vuelve a confirmar que serán muy escasos los supuestos que, por esta vía, hayan de quedar sometidos al régimen general de responsabilidad contractual o extracontractual.

#### *2.2.4. La extensión legal del concepto de edificio a las instalaciones fijas, equipos propios y elementos de urbanización adscritos. Consecuencias en orden a la aplicación de la LOE*

##### **2.2.4.1. Ampliación del ámbito objetivo del régimen de responsabilidad por vicios constructivos. Requisitos**

Por último, el art. 2.3 LOE considera comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización

<sup>76</sup> La inclusión de una referencia expresa al caso de las naves industriales encuentra justificación en las no muy acertadas interpretaciones que algunos autores han realizado de las tesis de la Profesora CORDERO LOBATO en este concreto tema. Así, por ejemplo, CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ (“Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I) ...”, cit. p. 45, nota 29 consideran que la citada autora “... con un enfoque inadecuado, viene a apoyarse en la mera literalidad de la norma para excluir la aplicabilidad del art. 17 LOE a, por ejemplo, las naves industriales, reconociendo, por el contrario, que la jurisprudencia del art. 1591 Cc las había incluido en su órbita”. Sin embargo, a este respecto la Profesora CORDERO (“Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 303) afirma literalmente: “El artículo 2.2.a) LOE excluye del concepto de edificio las nuevas construcciones de escasa entidad y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta. Ello supone que, por ejemplo, la responsabilidad por vicios y defectos constructivos de naves *no podrá solucionarse siempre* conforme al artículo 17 LOE, como —hasta la fecha— el Tribunal Supremo ha hecho con el artículo 1591 Cc” (el subrayado es nuestro). Como se puede observar la citada autora no excluye en todo caso a las naves industriales del ámbito de aplicación de la LOE, sino que únicamente pone de manifiesto que este particular régimen de responsabilidad ya no podrá aplicarse a las naves “siempre” y en todos los supuestos. Parece, entonces, querer aludirse al hecho de que habrá hipótesis en las que las naves industriales queden comprendidas bajo el ámbito de aplicación de la LOE y otras en las que quedarán excluidas. Como quiera que, por regla general, una nave industrial se desarrolla en una sola planta y carece de carácter residencial y público, lo más frecuente es que el criterio que delimite la inclusión o exclusión de este tipo de construcciones del ámbito de la LOE sea el grado de su entidad constructiva y su sencillez o complejidad técnica.

<sup>77</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I. *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, cit. p. 178.

que permanezcan adscritos. Al incluirse este tipo de accesorios en el concepto de edificación, el régimen de responsabilidad por vicios o defectos constructivos aplicable al edificio regirá también, por extensión, para las referidas instalaciones, equipos y elementos en cuanto que éstas se consideran partes integrantes o adscritas a aquél<sup>78</sup>.

Que las instalaciones, equipamientos y elementos de urbanización adscritos constituyen partes integrantes del edificio es una conclusión que puede ser ya extraída del propio tenor literal del art. 2.3 LOE: en primer lugar, este precepto se refiere no a cualesquiera instalaciones, sino solamente a las fijas, por lo que quedarán excluidas las que no se encuentren físicamente unidas al edificio, de manera que puedan ser desmontadas y separadas sin daño para éste o detrimento para aquéllas<sup>79</sup>; en segundo lugar, se exige que los equipamientos sean propios, lo que quiere decir que han de formar parte del edificio por estar destinados a servirle sólo a él, formando una unidad funcional<sup>80</sup>; finalmente, se afirma que los elementos de urbanización deben permanecer adscritos al edificio. A este respecto se duda de si la adscripción de los elementos de urbanización a la que se refiere el art. 2.3 LOE ha de ser meramente física, o, si por el contrario, bastaría una adscripción en términos técnicos propios del Derecho urbanístico. Si nos inclinamos por esta segunda opción, los elementos de urbanización permanecerán adscritos al edificio hasta el momento en el que los propietarios que hubiesen promovido la iniciativa urbanizadora<sup>81</sup> los cedan a la Administración<sup>82</sup>. Mientras ello no ocurra, dado que son elementos adscritos al edificio, se aplicará el régimen de responsabilidad por vicios o defectos constructivos de la LOE, incluyéndose su art. 16, en donde se establece la obligación de conservación y mantenimiento de la edificación por parte de propietarios y usuarios, en plena congruencia con lo dispuesto en la legislación urbanística<sup>83</sup>, la cual afirma que los propietarios que ejecutan la urbanización costeándola directamente<sup>84</sup>, tienen el deber, no sólo de ceder a la Administración

<sup>78</sup> Vid. CORDERO LOBATO, E. "Comentario al art. 17 LOE", cit. p. 302. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 93.

<sup>79</sup> Vid. CASTRO BOBILLO, J. C. "Comentario al art. 2 LOE", cit. p. 64.

<sup>80</sup> CASTRO BOBILLO, J. C. *Ibidem Supra*.

<sup>81</sup> La iniciativa urbanizadora particular en la ejecución del planeamiento se admite en el denominado sistema de compensación. Según lo dispuesto en el art. 157.1 del RD 3288/1978, de 25 de agosto, que aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística (BBOE, núms. 27 y 28, de 31 de enero y 1 de febrero), "El sistema de compensación tiene por objeto la gestión y ejecución de la urbanización de un polígono o unidad de actuación por los mismos propietarios del suelo comprendido en su perímetro, con solidaridad de beneficios y cargas". Igualmente, tal y como dispone el art. 186.1 del Reglamento de Gestión Urbanística antes citado, "En el sistema de cooperación, los propietarios del polígono o unidad de actuación aportan el suelo de cesión obligatoria, y la Administración ejecuta las obras de urbanización".

<sup>82</sup> Así lo considera GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> DEL C. "Comentario al art. 2 LOE", cit. p. 72.

<sup>83</sup> En torno a este concreto aspecto, Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 93.

<sup>84</sup> De acuerdo con el art. 58 del Reglamento de Gestión Urbanística, "Los propietarios de terrenos afectados por una actuación urbanística estarán obligados a sufragar los costes de la urbanización que se señalan en los artículos siguientes, en proporción a la superficie de sus respectivos terrenos o, en su caso, a la que figura en los documentos a que se refiere el artículo 53 de este Reglamento". Véanse igualmente los arts. 175 y ss para el sistema de compensación y los arts. 186.2, 188, 189 y 190 para el sistema de cooperación.

los terrenos de cesión obligatoria y gratuita<sup>85</sup>, sino también de reparar, conservar y mantener las obras de urbanización hasta el momento de su cesión<sup>86</sup>. Una vez que se produzca ésta, y como quiera que ya no se puede considerar que los elementos de urbanización permanecen adscritos al edificio, tampoco se podrá continuar aplicándoles el régimen de responsabilidad contenido en la LOE; del mismo modo, el deber de conservación y mantenimiento de los elementos de urbanización sólo correrá a cargo de los propietarios que promoviesen la iniciativa urbanizadora cuando se cumplan los supuestos detallados por la legislación urbanística<sup>87</sup>.

Para que la aplicación del particular régimen de responsabilidad regulado en la LOE pueda extenderse a las instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización, también es imprescindible que éstos se incorporen o adscriban al edificio en el que se integran en virtud de una relación de accesoriadad que necesariamente ha de mediar entre ambos<sup>88</sup>.

Es preciso que los elementos e instalaciones se configuren como accesorios del edificio. Nos referimos a infraestructuras cuya existencia y funcionalidad no podría ser explicada por sí misma (*per se*), sino única y exclusivamente por relación (*per relationem*) con la edificación principal de la que dependen, de la que son parte integrante y a la que se encuentran adscritas. Sólo en la medida en que se aprecie esta relación de dependencia o accesoriadad con el edificio principal podrá extenderse a sus instalaciones, equipos y elementos de urbanización el particular régimen de responsabilidad por defectos constructivos que rige para aquél<sup>89</sup>. De lo contrario, si no media tal relación de accesoriadad, las citadas instalaciones y equipos tendrán una existencia y funcionalidad propia, autónoma e independiente; se configurarán como elementos principales que sólo podrán verse sometidos a la normativa contenida en la LOE cuando por sí mismos queden comprendidos dentro de su ámbito de aplicación (art. 2), pero lo más frecuente será que los daños causados por vicios en su construcción deban ser reparados y resarcidos conforme

---

<sup>85</sup> Véanse los arts. 46 y ss, así como los arts. 179 y ss del anteriormente citado Reglamento de Gestión Urbanística.

<sup>86</sup> El art. 67 del Reglamento de Gestión Urbanística señala que “La conservación de las obras de urbanización y el mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos serán a cargo de la Administración actuante, una vez que se haya efectuado la cesión de aquéllas”.

<sup>87</sup> Estos supuestos son los contemplados en los arts. 25.3 y 68 del Reglamento de Gestión Urbanística en relación con el art. 47 de ese mismo cuerpo legal. El primero de los preceptos citados afirma literalmente que “Será obligatoria la constitución de una Entidad de conservación siempre que el deber de conservación de las obras de urbanización recaiga sobre los propietarios comprendidos en un polígono o unidad de actuación en virtud de las determinaciones del Plan de ordenación o bases del programa de actuación urbanística o resulte expresamente de disposiciones legales...”. No obstante lo dispuesto en el art. 67, el cual establece el deber de la Administración de conservar las obras de urbanización una vez que se haya efectuado la cesión de aquéllas, el art. 68.1 prescribe que “...quedarán sujetos los propietarios de los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación a dicha obligación [de conservación], cuando así se imponga por el Plan de Ordenación o por las bases de una programa de actuación urbanística o resulte expresamente de disposiciones legales”.

<sup>88</sup> En opinión de FEMENÍA LÓPEZ (*Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, cit. p. 104), “por edificio han de entenderse también sus accesorios, siempre y cuando puedan considerarse partes integrantes del mismo, participando de la incorporación al suelo propia del edificio mismo”.

<sup>89</sup> Vid. ÁLVAREZ OLALLA, P. *La responsabilidad por defectos en la edificación*, cit. p. 28.

a las reglas generales de la responsabilidad contractual o extracontractual<sup>90</sup>. De estas consideraciones se deduce que cuando las instalaciones, equipos y elementos se configuren como auténticos accesorios, la posibilidad de aplicarles el régimen de responsabilidad contenido en la LOE, dependerá de que esta Ley también resulte aplicable a la construcción inmobiliaria a la que se incorporan y forman parte integrante; es decir, de que la construcción principal pueda ser considerada como “edificio” en los términos previstos por el propio art. 2 LOE. En cambio, si las instalaciones, equipos y elementos de urbanización tienen una existencia propia sin depender, ni ser accesorios de ningún edificio principal, la aplicabilidad del régimen de responsabilidad contemplado en la LOE únicamente quedará supeditada a que ellos, y sólo ellos, cumplan los requisitos del art. 2 LOE.

#### 2.2.4.2. Una cuestión dudosa. Sobre si resultan aplicables todos los plazos de garantía, o si, por el contrario, alguno de ellos debe ser descartado

Dado que el art. 2.3 LOE extiende el concepto de edificación a sus instalaciones fijas, equipamientos propios y elementos de urbanización adscritos, en principio podría pensarse que sería indiferente que el daño causado por un vicio constructivo afectase exclusivamente a la edificación principal o únicamente a esas infraestructuras accesorias como partes integrantes de la misma. En ambos casos estaríamos ante daños materiales ocasionados en el edificio, los cuales serían resarcibles conforme al particular régimen de responsabilidad contenido en la LOE, siempre que, produciéndose en los plazos legalmente fijados en su art. 17.1, traigan causa de alguno de los defectos contemplados en ese mismo precepto. No obstante, aunque en este asunto no se discute la vigencia de la LOE, en cambio existen serias dudas sobre si se podrían aplicar todos y cada uno de los tres plazos de garantía previstos en su art. 17.1, o si, por el contrario, alguno de ellos debería ser descartado<sup>91</sup>.

Para dar una respuesta adecuada a este interrogante es necesario tomar como punto de partida la idea de que la totalidad del contenido del art. 17.1 LOE se estructura sobre la distinción entre los daños materiales ocasionados en el edificio y los vicios constructivos que los provocan. De modo tal, que la determinación de los plazos de garantía que resulten aplicables en cada ocasión no depende del daño

<sup>90</sup> A este respecto ÁLVAREZ OLALLA (*Ibidem supra*) precisa que “o bien se recurre a la aplicación analógica [se refiere a la LOE] o, más bien, al igual que ocurre en el caso de las obras menores y provisionales, cabría el recurso a las acciones generales de incumplimiento”.

<sup>91</sup> En opinión de CORDERO LOBATO (“Comentario al art. 17 LOE”, cit. pp. 303 y 308), aunque la inclusión en el concepto de edificio de las instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización suponga que el resarcimiento de los vicios que padezcan estas infraestructuras accesorias quede sujeto al régimen de responsabilidad regulado en la LOE, “... ello no significa que a los vicios o defectos de estas instalaciones y elementos les sean aplicables los tres plazos de garantía del artículo 17.1.a) LOE. En concreto, entendemos que en la exigencia del artículo 17.1.a) consistente en que los vicios que señala —y que después veremos— comprometan la estabilidad del edificio, se utiliza un concepto estricto de edificio, con exclusión de las instalaciones, equipamiento y elementos de urbanización, que sin formar parte del edificio, estén adscritos al mismo. Todos estos elementos no estarán, pues, sujetos al plazo de garantía decenal del art. 17.1.a)”. Por su parte, CARRASCO BARRANCO y RUIZ-RICO RUIZ (“Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I)”, cit. pp. 47 y 48), aunque en un principio excluyen la aplicación del plazo de garantía decenal a los daños causados por defectos en las instalaciones fijas, equipos propios y elementos de urbanización del edificio, posteriormente consideran que no resulta del todo descartable su inclusión en aquellos casos en que los que el daño tenga su origen en un elemento estructural.

material *per se*, sino del concreto tipo o clase de defecto que lo origina<sup>92</sup>. Por lo tanto, la circunstancia de que el daño material se produzca, o bien en las instalaciones y equipos accesorios, o bien en otras partes y elementos constructivos del edificio resultaría irrelevante y, en principio, no sería un factor determinante a la hora de precisar cuáles serían los plazos de garantía a los que quedaría sometido. A estos efectos, lo importante sería la clasificación y localización del vicio constructivo del que el daño trae causa. Sólo cuando previamente se hayan identificado qué concretos defectos de construcción determinan legalmente la activación de cada uno de los plazos de garantía, podremos saber en que casos procede o no su aplicabilidad. Bastará con comprobar si en el supuesto de hecho planteado se reproduce el vicio tipificado legalmente como propio del correspondiente plazo de garantía, para poder concluir que corresponde su aplicación.

1. Partiendo de esta tesis, para averiguar si el plazo de garantía decenal recogido en el art. 17.1.a) LOE resulta aplicable a los defectos constructivos que puedan afectar a las instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización adscritos al edificio, conviene distinguir las siguientes hipótesis de trabajo.

a) Vicio o defecto constructivo que se localiza en las instalaciones fijas, equipamiento propio o elementos de urbanización adscritos, pero que causa un daño material en otras partes o elementos constructivos del edificio.

El plazo de garantía decenal recogido por el art. 17.1.a) LOE únicamente rige para aquellos daños materiales ocasionados en el edificio que traigan causa de un vicio constructivo que afecte a los elementos estructurales comprometiendo directamente su resistencia mecánica y estabilidad. Esto significa, en primer lugar, que no es necesario que el defecto se produzca en los propios elementos estructurales, sino que resulta suficiente con que repercuta en dichos elementos aunque no tenga su origen en los mismos, sino en otras partes, o incluso instalaciones del edificio<sup>93</sup>. Y, en segundo lugar, tampoco

<sup>92</sup> Por ejemplo, para MORENO-TORRES HERRERA (“Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. pp. 196 y 199) “La adecuada comprensión del art. 17.1.a) LOE exige tener presente la distinción entre daño y vicio constructivo”, por que, según esta autora “el daño es un menoscabo patrimonial y puede aparecer en cualquier elemento constructivo, pero no siempre va a estar determinado por un vicio o defecto propio, pudiendo proceder de uno existente en un elemento distinto”. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la distinción entre el daño material ocasionado en el edificio y el vicio que lo causa u origina no sólo resulta trascendental en relación con la letra a) del art. 17.1 LOE, sino también con los dos párrafos de la letra b) de ese mismo precepto. Lo que en realidad determina la aplicación de un concreto plazo de garantía y no de otro, no es el daño material que sufre el edificio, sino el tipo o clase de vicio que lo provoca y del que aquél trae causa. Tanto en el plazo decenal, como en el trienal, como en el anual la garantía se aplica a cualesquiera daños materiales ocasionados en el edificio; la Ley no los diferencia, determina, ni clasifica tipológicamente. La distinción estriba en que la garantía decenal se circunscribe a los vicios que afecten a los elementos estructurales, la garantía trienal se refiere únicamente a los vicios no estructurales en otros elementos constructivos y también en las instalaciones y, finalmente, la garantía anual se aplica solamente los vicios o defectos de ejecución.

<sup>93</sup> Sin perjuicio de que más adelante abordaremos con mayor profundidad el problema de la determinación del ambiguo significado del verbo “afecten” utilizado por los arts. 17.1.a), 3.1.b) y 19.1.c) LOE, la tesis interpretativa a la que nos referimos en el texto ha sido defendida, entre otros, por los siguientes autores: CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 308. CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. pp. 425 y 426. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 495. ÁLVAREZ OLALLA, P. *La responsabilidad por defectos en la edificación*, cit. p. 68. MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 196.

basta con que el vicio afecte a elementos estructurales, sino que además es preciso que dicha afección comprometa directamente la estabilidad y resistencia mecánica del edificio.

De acuerdo con estas consideraciones legales, pensemos en el siguiente ejemplo: una deficiencia constructiva en la instalación eléctrica de una vivienda unifamiliar provoca un cortocircuito que, a su vez, genera un incendio, el cual afecta seriamente a las vigas y otros elementos estructurales, acabando por producir el derrumbe de una de las plantas. Este ejemplo suscita dos importantes dudas. Por una parte, cabría cuestionarse si el daño material consistente en el derrumbamiento del edificio provocado por el incendio que trae causa de un vicio constructivo en una de sus instalaciones quedaría comprendido dentro del ámbito de aplicación de la LOE, o si, por el contrario, se trataría de un daño secuencial derivado de una anomalía excluida de este marco normativo y que debería regirse por las reglas generales de la responsabilidad civil. Por otra parte, y únicamente cuando se haya respondido afirmativamente a la cuestión anterior, habría que determinar si este concreto tipo de daños puede llegar a activar la garantía decenal del art. 17.1.a) LOE. Para responder al primero de los interrogantes planteados, cabría citar el art. 19.9.g) LOE, el cual considera cubiertos por el seguro allí regulado los daños que tengan su origen en un incendio o explosión por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio. Por lo tanto, la responsabilidad generada por esta clase de daños debería quedar sujeta a la regulación de la LOE, pues de otro modo no tendría sentido su aseguramiento. Hay seguro, porque hay daño que asegurar<sup>94</sup>. Si estos daños no generasen responsabilidad conforme a la LOE, tampoco habría nada que asegurar con arreglo a sus dictados. Como respuesta a la segunda de las cuestiones propuestas, la garantía decenal únicamente se podrá activar cuando concurren cumulativamente todos y cada uno de los requisitos legalmente exigidos y antes descritos<sup>95</sup>, cosa que parece efectivamente acontecer:

- a) Se trataría de un vicio o defecto constructivo en una parte integrante de la edificación. Recordemos que el art. 2.3 LOE incluye a las instalaciones fijas dentro de este concepto.
- b) Dicho vicio en las instalaciones fijas afectaría a los elementos estructurales del edificio (p. ej. vigas), aunque no tenga su origen en los mismos, sino en otras de sus partes (las propias instalaciones).
- c) Dicha afección (incendio) no sólo comprometería directamente la estabilidad y resistencia mecánica del edificio, sino que terminaría por derrumbarlo.
- b) Vicio o defecto constructivo que localizándose en las instalaciones fijas, equipos propios y elementos de urbanización adscritos, causa un daño que

---

<sup>94</sup> Como acertadamente expone CARRASCO PERERA (“Comentario al art. 19 LOE”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2000, p. 372) el art. 19 LOE no trata de seguros de responsabilidad civil, sino de seguros de daños en sentido estricto o de incumplimiento contractual.

<sup>95</sup> Literalmente afirma CARRASCO (*Ibidem Supra*, p. 440) que “basta que el incendio se haya producido por defecto de las instalaciones (equipamiento) del edificio y que afecte a los elementos estructurales de la obra, comprometiendo la resistencia mecánica y estabilidad, para que se active la garantía decenal”.

únicamente afecta a esas mismas infraestructuras accesorias y no a otras partes del edificio.

En aquellos supuestos en los que el daño ocasionado por un vicio constructivo en las instalaciones afecte únicamente a éstas, no parece posible que pueda ser aplicado el plazo de garantía decenal contemplado en el art. 17.1.a) LOE. Al coincidir el daño material y la anomalía que lo origina en una misma instalación o equipo, el defecto ni se localiza, ni afecta a elementos estructurales del edificio, sino a partes accesorias del mismo y, por esta razón, tampoco podrá ser apto para comprometer directamente su resistencia mecánica y estabilidad. Como se puede observar, la imposibilidad de aplicar la garantía decenal nada tiene que ver con el concreto tipo de daño material ocasionado en el edificio, sino con la circunstancia de que el vicio que lo provoca no resulta subsumible en la categoría tipificada por el art. 17.1.a) LOE.

c) Vicio o defecto constructivo que se localiza en otras partes del edificio, pero que causa un daño material a sus instalaciones fijas, equipos propios y elementos de urbanización adscritos.

En este punto no resulta totalmente descartable la aplicabilidad del plazo de garantía decenal. Por ejemplo, estando los equipamientos e instalaciones construidos sobre la estructura o cimientos defectuosos, aquéllos resultan dañados como consecuencia de una mala cimentación o forjado del edificio o conjunto inmobiliario<sup>96</sup>. Como podemos comprobar se cumplen los requisitos necesarios para la aplicación del art. 17.1.a) LOE. En primer lugar, se ha producido un daño material en el edificio. Ello es así siempre que el término “edificio” se entienda en un sentido amplio comprensivo de sus instalaciones y equipamiento. El daño material ocasionado en el edificio al que se refiere este precepto no ha de localizarse necesariamente en sus elementos estructurales, sino que también cabría que afectase a cualquier otra parte integrante de la edificación. En segundo lugar, el daño trae causa de un vicio constructivo que tiene su origen (y no sólo afecta) en sus elementos estructurales (cimentación y forjados). En tercer lugar, dicho defecto constructivo, comprometería directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. Por lo tanto, podría aplicarse la garantía decenal cuando el daño material ocasionado en las instalaciones fijas o equipos del edificio traiga causa de un vicio que afecte o se origine en sus elementos estructurales comprometiendo directamente su estabilidad.

Ésta resultaría la prueba más patente de que, siempre que sean daños materiales comprendidos en el ámbito objetivo de la LOE, la aplicabilidad de los distintos plazos de garantía no depende del daño *per se*, sino de la particular clase de vicio que lo ocasiona. Dado que el art. 2.3 LOE incluye en el concepto de edificación a las instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de

---

<sup>96</sup> Se trata de un ejemplo que facilitan CARRASCO BARRANCO, C. y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “Los presupuestos de la responsabilidad regulada en la LOE (I)”, cit. p. 48, en concreto nota 32.

urbanización adscritos, la posibilidad de aplicar el plazo de garantía decenal a los daños causados en estas infraestructuras accesorias únicamente quedará subordinada a que el concreto defecto constructivo que los haya originado pueda ser subsumible en el tipo descrito por el art. 17.1.a) LOE.

2. Por lo que se refiere al plazo de garantía trienal contemplado en el párrafo primero del art. 17.1.b) LOE, no parece haber demasiados obstáculos que impidan admitir su aplicabilidad a los daños o vicios constructivos referidos a las instalaciones fijas, equipos propios y elementos de urbanización adscritos al edificio. Y ello es así, con independencia de que el defecto se localice físicamente en estas infraestructuras o en otros elementos constructivos, y también al margen de que el daño provocado afecte únicamente a aquéllas o a otras partes distintas de la edificación.

a) Vicio o defecto constructivo que se localiza en las instalaciones fijas, equipamiento propio o elementos de urbanización adscritos, pero que causa un daño material en otras partes o elementos constructivos del edificio.

El plazo de garantía trienal resulta perfectamente aplicable. El párrafo primero del art. 17.1.b) LOE no sólo se refiere a los daños materiales ocasionados en el edificio que traigan causa de vicios de los elementos constructivos, sino también a los que tengan su origen en defectos de sus instalaciones. Luego, el supuesto que estamos ahora analizando coincidiría plenamente con uno de los tipificados expresamente por el propio art. 17.1.b) LOE. Es necesario que el daño que padece el edificio por causa de un vicio constructivo en sus instalaciones suponga un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad recogidos en el art. 3.1.c) LOE. Por ejemplo, las filtraciones o humedades que se producen en el edificio por un defecto de construcción o instalación de sus conducciones de agua.

b) Vicio o defecto constructivo que localizándose en las instalaciones fijas, equipos propios y elementos de urbanización adscritos, causa un daño que únicamente afecta a esas mismas infraestructuras accesorias y no a otras partes del edificio.

El plazo de garantía trienal se activará siempre que los daños producidos en las infraestructuras accesorias a causa de vicios constructivos en las mismas repercutan negativamente en la habitabilidad del edificio, reduciendo su funcionalidad o impidiendo su uso satisfactorio. Por ejemplo, cuando el defectuoso montaje del sistema de conducción de agua únicamente provoca que éste deje de funcionar privando al inmueble de este servicio necesario para su adecuada habitabilidad. Repárese en que el defecto localizado en la instalación solamente daña a ésta, sin generar desperfecto material adicional alguno para el resto del edificio en su conjunto, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto, al que antes nos referíamos, relativo a filtraciones o humedades que traigan causa de anomalías constructivas en las conducciones del agua. Sin embargo, aunque el daño material y el vicio que lo origina coincidan en la misma infraestructura o instalación, su existencia repercute negativamente



en las condiciones de habitabilidad de la edificación. Recordemos que se incumplen los requisitos de habitabilidad fijados en el art. 3.1.c) LOE —al que remite el art. 17.1.b). para delimitar la aplicación del plazo de garantía trienal—, no sólo cuando no se alcancen las condiciones aceptables de estanqueidad en el ambiente interior del edificio (art. 3.1.c.1), sino también cuando, en general, se vean afectados otros aspectos funcionales de las instalaciones que impidan un uso satisfactorio del mismo (art. 3.1.c.4).

c) Vicio o defecto constructivo que se localiza en otras partes del edificio, pero que causa un daño material a sus instalaciones fijas, equipos propios y elementos de urbanización adscritos.

El plazo de garantía trienal podrá ser activado cuando el daño material ocasionado en las instalaciones o equipos del edificio traiga causa de un vicio localizado en otro elemento constructivo que suponga un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad recogidos en el art. 3.1.c) LOE. Por ejemplo, un defecto de estanqueidad, derivado de una mala construcción de las paredes y muros del edificio, causa filtraciones y humedades que acaban por dañar las instalaciones eléctricas.

3. Finalmente, y por lo que respecta al plazo de garantía anual contemplado en el párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE, tampoco se aprecia inconveniente alguno que permita negar su aplicación a los daños o vicios que afectan a las instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización adscritos al edificio. Sin embargo, ahora ello no tiene nada que ver con la circunstancia de que el defecto de construcción se localice físicamente en estas infraestructuras accesorias o en otros elementos constructivos.

En relación con la garantía decenal, no sólo era necesario que el vicio que legalmente determinaba su aplicación se localizase o afectase a un elemento constructivo, sino que, además, era imprescindible que dicha localización o afección se refiriese, no a cualquiera, sino a un concreto elemento constructivo: la estructura del edificio. En cambio, respecto a la garantía trienal, bastaba que el defecto que legalmente determinaba su aplicación se localizase o afectase a algún elemento constructivo del edificio, mientras que resultaba irrelevante cuál fuese el concreto elemento constructivo que se veía afectado por el vicio en cuestión (elementos constructivos o instalaciones). A diferencia de lo que sucede en estos dos primeros supuestos legales, cuando se trata de la garantía anual ni siquiera es necesario que la anomalía que determina su aplicación se refiera un elemento constructivo del edificio. Únicamente se requiere que el vicio se aprecie en la ejecución o realización de la actividad de construcción. El párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE habla de “los vicios o defectos de ejecución”, y no alude ya a “vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados...” (art. 17.1.a) LOE) o a los “vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones” (art. 17.1.b) pf. 1º LOE). Ahora bien, debe ser la actividad constructiva en la que se localiza el defecto de ejecución la que necesariamente ha de referirse a un elemento o parte del edificio, aunque resulta indiferente cuál sea el concreto elemento o parte de la

edificación afectada por el vicio de ejecución. Por lo tanto, no es el defecto el que ha de ponerse en relación con un elemento constructivo (cualquiera que sea), sino la actividad constructiva viciada de ejecución.

Sin embargo, no cualquier vicio de ejecución en la actividad constructiva da lugar a la aplicación de la garantía anual. Se requiere que dicha deficiencia afecte a los elementos de terminación o acabado de las obras (párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE). Entonces, parece que la Ley pretende aludir, o bien a una incompleta ejecución de la actividad constructiva por inconclusa, no finalizada, terminada o acabada, o bien a una completa actividad constructiva por acabada y terminada, pero defectuosa<sup>97</sup>; y ello con independencia de cuál sea el concreto elemento constructivo, instalación, o parte de la edificación a la que se refiera la actividad constructiva viciada de ejecución en estos términos.

Consecuentemente, para que el plazo de garantía anual pueda ser aplicado a las instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización adscritos al edificio, bastaría con que se cumpliesen los siguientes presupuestos básicos: a) Que se trate de la actividad constructiva o la instalación relativa a alguno de estos tipos de infraestructuras accesorias. b) Que dicha actividad constructiva o de instalación se encuentre viciada en su ejecución. c) Que tal vicio de ejecución consista, o bien en que la actividad constructiva o la instalación resulta inconclusa o incompleta, o bien en que la actividad constructiva o la instalación se han completado pero de manera imperfecta o defectuosa. Ejemplo de lo primero sería la caldera de calefacción que pierde presión y no produce calor, porque no se han ajustado determinadas piezas y engranajes. Como ejemplo de lo segundo se podría citar la disposición torcida de los interruptores que forman parte de la instalación eléctrica de una vivienda, o el servicio de televisión defectuoso por una incorrecta orientación de la antena colectiva receptora.

### **3. Vicios o defectos constructivos de los que deben traer causa los daños resarcibles conforme a la LOE**

La concurrencia de un daño material en el edificio que reúna todos los requisitos antes indicados es una condición necesaria pero no suficiente para que proceda la aplicación del especial régimen de responsabilidad contemplado por la LOE. Además, se exige que el daño en cuestión traiga causa de alguno de los defectos constructivos expresamente tipificados por los apartados a) y b) del art. 17.1 LOE. Dicho de otro modo, la responsabilidad ex LOE no deviene aplicable a todos los daños materiales que sufra un edificio aun cuando éstos cumplan los requisitos descritos en el epígrafe anterior, sino únicamente a aquellos que vengán provocados por un vicio constructivo que resulte subsumible en alguno de los tipos clasificados por su art. 17.1.

---

<sup>97</sup> En palabras textuales de MORENO-TORRES HERRERA (“Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 201), “los defectos de acabado son ante todo prestaciones inconclusas o no definitivamente ejecutadas, y también prestaciones defectuosamente realizadas en aspectos que no conciernan a elementos estructurales...”.

Por este motivo, la totalidad del contenido del art. 17.1 LOE se estructura sobre la base de la distinción existente entre el daño material ocasionado en el edificio y los vicios o defectos constructivos de los que aquél debe traer causa. A efectos de aplicar la responsabilidad regulada en la LOE, cada uno de estos dos presupuestos objetivos (daño y vicio) cumple una función distinta, si bien ambas se encuentran íntimamente ligadas en su desarrollo:

- a. *El daño*: la estructuración del art. 17.1 LOE indica que no se responde por el vicio, sino que se responde por el daño que haya causado ese vicio<sup>98</sup>. Sin embargo, para captar correctamente el sentido de esta afirmación tampoco se puede olvidar, como indica CARRASCO<sup>99</sup>, que el daño material no es equiparable a la existencia de un desperfecto, deterioro o destrucción física de la construcción o alguno de sus elementos, sino que se identifica con la necesidad de invertir en costes de reparación para recuperar, así, el uso pleno de la cosa. Desde esta óptica, se comprende que algún autor haya entendido que la responsabilidad, además de los daños, alcanza, naturalmente, a los propios vicios<sup>100</sup>. Quizás con ello se pretenda aludir, por una parte, a los defectos de terminación y acabado, donde el vicio no se refiere a elemento constructivo alguno, sino a la ejecución de la actividad constructiva y, por otra parte, a los vicios de habitabilidad, donde puede haber lugar a responsabilidad por el mero incumplimiento de los requisitos normativos de esta misma naturaleza, sin que sea necesario que ello provoque un desperfecto material y físico en el edificio.
- b. *Los vicios o defectos constructivos*: el art. 17.1 LOE procede a la identificación de los distintos vicios constructivos mediante la combinación y adición de dos parámetros que actúan de manera conjunta. En primer lugar, los vicios se individualizan teniendo en cuenta cuál es el concreto elemento constructivo al que afectan. En segundo lugar, y como algo añadido a lo anterior, el defecto también se clasifica con arreglo a cuál sea la concreta utilidad del edificio que haya sido perjudicada o sufrido un menoscabo como consecuencia del mismo<sup>101</sup>.

En este contexto, los vicios constructivos cumplen una doble misión: por un lado, se muestran como presupuestos objetivos en ocasiones decisivos para la aplicación del régimen de responsabilidad contenido en la LOE. Y por otro lado, una vez que con base en ellos ya se haya concluido previamente la efectiva aplicabilidad de la

<sup>98</sup> Según nos confirma ÁLVAREZ OLALLA, P. *Responsabilidad por defectos en la construcción*, cit. p. 68.

<sup>99</sup> Vid. CARRASCO PERERA, A. “Comentario al art. 19 LOE”, cit. p. 402. En alusión a este autor, Vid., igualmente, MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 201.

<sup>100</sup> REGLERO CAMPOS, F. “Responsabilidad civil en la edificación”, en AA.VV. *Lecciones de responsabilidad civil*. F. Reglero (coord.). Ed. Aranzadi. Pamplona 2002, p. 352.

<sup>101</sup> En orden a la diferenciación de estos dos parámetros identificativos de los vicios constructivos, Vid. CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 305 y FERNÁNDEZ VALVERDE, R. “Justicia y arquitectura”, cit. p. 483.

LOE, actúan como criterios cuya función consiste en determinar y seleccionar el concreto plazo de garantía que rige para cada daño material<sup>102</sup>.

El art. 17.1 LOE establece una trilogía de tipos de vicios o defectos constructivos, graduándolos en su gravedad de mayor a menor intensidad: a) Vicios que tengan su origen o afecten a elementos estructurales del edificio, de tal manera que comprometan directamente su estabilidad y resistencia mecánica. b) Vicios de elementos constructivos e, incluso, de instalaciones que ocasionen un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad contemplados en el art. 3.1.c) LOE (higiene, salud y protección del medioambiente, salubridad, estanqueidad, protección contra el ruido, ahorro de energía y aislamiento térmico, así como otros aspectos funcionales). c) Y, por último, vicios de ejecución en las tareas constructivas que afecten a elementos de terminación y acabado de las obras.

### **3.1. Los vicios o defectos estructurales**

El art. 17.1.a) LOE circunscribe su aplicación a aquellos daños materiales ocasionados en el edificio que traigan causa de vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales<sup>103</sup>. No hace falta decir que esta es una enumeración que carece de carácter exhaustivo y únicamente pretende mostrar, a título ilustrativo, algunos ejemplos de aquellos elementos constructivos que la Ley considera como partes estructurales de la edificación<sup>104</sup>.

En cambio, sí es necesario resaltar que la Ley exige que el vicio constructivo afecte a elementos estructurales. La utilización del verbo “afectar” significa que bajo el ámbito de aplicación del art. 17.1.a) LOE quedan comprendidos, por una parte, aquellos daños materiales ocasionados por vicios constructivos que se localicen

---

<sup>102</sup> Sin perjuicio de lo que después diremos en relación con su actuación como parámetros que acotan la duración de los distintos plazos de garantía, nos resistimos a creer que la única función que corresponda a los vicios constructivos sea simplemente identificar, de entre los existentes, cuál es el plazo de garantía que debe regir, y que la cuestión previa relativa a si procede o no exigir responsabilidad ex LOE sea algo que dependa exclusivamente de que se trate de un daño material ocasionado en el edificio que reúna todos y cada uno de los requisitos necesarios para quedar objetivamente enmarcado en su ámbito legal de aplicación. Al sostenerse que la efectiva aplicación de la LOE no depende sólo de que el edificio padezca un daño material en los términos requeridos, sino también de que dicho daño traiga causa de alguno de los vicios tipificados por la Ley, se intuye que indirectamente estamos admitiendo la posibilidad de que existan daños materiales ocasionados en el edificio que, pese a cumplir todos los presupuestos legalmente exigidos, no caigan bajo el ámbito de aplicación de la LOE, debido a que traigan causa de algún defecto constructivo que no resulte encuadrable en ninguno de los tipos legales. Téngase en cuenta, como ya anunciamos en el texto, que los vicios se tipifican no sólo en relación con los elementos constructivos que resulten afectados por los mismos, sino también con arreglo a la concreta utilidad del edificio que se haya visto menoscabada por su acción. Así, por ejemplo, no podrá ser resarcible conforme a la LOE aquella deficiencia estructural que no comprometa la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, pero que tampoco suponga un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad. Descartado el juego de las garantías decenal y trienal, también quedará excluida la aplicación de la garantía anual, puesto que difícilmente un vicio constructivo de carácter estructural puede ser debido a un defecto de terminación y acabado en la ejecución de las tareas constructivas. La caracterización del defecto constructivo como vicio estructural impide su calificación como vicio de terminación o acabado.

<sup>103</sup> Se trata de los requisitos básicos de la edificación relativos a la seguridad estructural, a los que se refiere el art. 3.1.b).1 LOE. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 464.

<sup>104</sup> Vid. SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 334.

en elementos estructurales, pues es imposible que un defecto pueda tener lugar en un elemento estructural sin afectar a éste. Y, por otra parte, aquellos daños materiales causados por vicios que se originen en otro tipo de elementos constructivos distintos de los estructurales, pero siempre que repercutan o afecten a elementos de naturaleza estructural<sup>105</sup>.

Esa interpretación quizás puede encontrar apoyo en las siguientes argumentaciones:

- a. La discordancia existente entre la literalidad de los arts. 17.1.a), 3.1.b).1 y 19.1.c) LOE carece de toda trascendencia práctica<sup>106</sup>. En efecto, aunque el primer precepto menciona únicamente a los vicios “que afecten” a los elementos estructurales, y aunque los dos últimos aludan a los vicios que “tengan su origen o afecten” a los elementos estructurales, creemos que esta diferencia es inútil en orden identificar los defectos constructivos que quedan comprendidos bajo la órbita del art. 17.1.a) LOE. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley, la enmienda número 154<sup>107</sup> propuso suprimir la expresión “tengan su origen”, pero por un error dicha supresión se limitó al art. 17.1.a) quedando olvidados los arts. 3.1.b).1 y 19.1.c) LOE. En consecuencia, la discordancia existente entre estas normas no puede tener relevancia práctica, puesto que se trata de una equívocación que no ha sido todavía corregida.
- b. Aunque la tesis del error en la tramitación parlamentaria no se admita, la expresa mención de los vicios que tengan su origen en elementos estructurales, sería una reiteración inútil que no añadiría nada nuevo a lo que ya se deduciría de la referencia a los vicios que afecten a esos mismos elementos, pues, como hemos visto, es imposible que un defecto pueda tener su origen en un elemento estructural sin llegar a afectar para nada a éste. La alusión normativa a los vicios que “tengan su origen” en elementos estructurales sería reiterativa porque su sentido quedaría absorbido y comprendido por la más amplia categoría relativa a los vicios “que afecten” a la estructura. Esta reiteración sólo podría evitarse mediante una interpretación absurda que, como tal, debe ser rechazada: dado que la utilización del verbo “afectar” comprendería no sólo los vicios que se localizasen en los elementos estructurales, sino también aquellos otros que los afectasen aun teniendo su procedencia en elementos constructivos distintos, la inclusión de los vicios que “tengan su origen” en elementos estructurales, no podría suponer otra cosa que una referencia a aquellos vicios que provengan de un elemento estructural pero que afecten únicamente a otros elementos constructivos distintos y nunca a la propia estructura.

<sup>105</sup> En este mismo sentido, Vid. CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 308. CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. pp. 425 y 426.

<sup>106</sup> Coincidimos en esta opinión con MARTÍ FERRER, M. “El nuevo sistema de responsabilidad por vicios ocultos en los edificios tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación: algunas reflexiones”, en AA.VV. *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2000, pp. 146 y 147.

<sup>107</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Enmiendas, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 163-9, 21 de mayo 1999.

- c. El art. 19.9.g) LOE considera cubiertos por el seguro allí regulado los daños que tengan su origen en un incendio o explosión por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio. Entonces, según este precepto, resultaría asegurable el daño material que trae causa de un vicio que se localiza en un tipo de elemento constructivo distinto de los estructurales (en este caso las instalaciones propias) pero que repercute o afecta a elementos de naturaleza estructural. Si la garantía a la que se refiere el art. 19 LOE tiene como objetivo asegurar la responsabilidad derivada de los daños materiales que pueda sufrir un edificio por defectos de construcción, y si ese seguro cubre los daños causados por vicios constructivos que aun localizándose en las instalaciones del edificio afecten a sus elementos estructurales, se concluye que la responsabilidad generada por los daños que afecten a elementos estructurales sin tener su origen en los mismos debería quedar comprendida en el ámbito de regulación de la LOE, pues de lo contrario no tendría sentido su aseguramiento<sup>108</sup>.
- d. Aunque pueda ser discutible que la LOE tenga como finalidad primordial la tutela de los consumidores en estricto sentido jurídico, no cabe duda de que esta Ley manifiesta una seria preocupación por la protección de los intereses de los ulteriores propietarios y adquirentes de los edificios o de partes de los mismos, tal y como se deduce de su Exposición de Motivos<sup>109</sup> y de algunos de sus preceptos<sup>110</sup>. Por lo tanto, si se rechazara que el art. 17.1.a) LOE no sólo rige para los daños causados por defectos constructivos que se localicen en los elementos estructurales, sino también para los ocasionados por vicios que afecten a este tipo de elementos aunque tengan su origen en otros de naturaleza distinta, se estaría restringiendo drásticamente el ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad regulada en la LOE, en detrimento de la protección de los propietarios y adquirentes de edificios y, por consiguiente, en contra de lo que parece ser una de las finalidades fundamentales de la propia Ley.

---

<sup>108</sup> De acuerdo con CARRASCO PERERA (“Comentario al art. 19 LOE”, cit. p. 400), “existe diversidad en las declaraciones legales sobre si el vicio tiene que provenir de una obra estructural o tiene que afectar a una obra de esa clase. La experiencia judicial francesa pronostica que seguramente la aplicación práctica de la LOE va a acabar admitiendo la responsabilidad decenal cuando los defectos de solidez o estabilidad de la obra no provengan de las obras fundamentales, sino de las obras secundarias o de las instalaciones del edificio. Incluso el artículo 19.9.g) abonaría en la LOE una interpretación como ésta”.

<sup>109</sup> Por ejemplo, se pueden citar los párrafos segundo, cuarto, el número 2 (párrafos segundo y cuarto) y el número 8 (párrafo segundo) de la Exposición de Motivos LOE.

<sup>110</sup> Para comprobarlo, además de las reiteradas alusiones a la protección de los usuarios en general, bastaría con citar los siguientes ejemplos: las múltiples ocasiones en las que la Ley se refiere a la necesidad de garantizar la calidad de los edificios (Vid. Exposición de Motivos y art. 1.1), el reconocimiento expreso y directo de la legitimación activa para exigir responsabilidad no sólo a los propietarios o comitentes de las obras, sino también a los sucesivos adquirentes de las mismas (art. 17.1), la enumeración y definición de la figura de cada uno de los agentes de la edificación, además de detallarse las funciones, competencias y obligaciones que les corresponden (arts. 8 y ss), el establecimiento de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación cuando no pueda individualizarse la causa del daño o cuando no pudiera precisarse el grado de intervención de cada uno de ellos, así como la configuración del promotor como un “garante incondicional” que responderá solidariamente en todo caso (art. 17.3), la exigencia de que los constructores y promotores contraten un seguro para garantizar el resarcimiento de los eventuales daños materiales que pudieran causar los vicios o defectos constructivos (art. 19), etc.

Sin embargo, para que proceda la aplicación del art. 17.1.a) LOE no basta con que se produzca un vicio constructivo que afecte a un elemento estructural, sino que además es necesario que dicha afección de la estructura por el defecto sea tal que comprometa directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. La concurrencia de un vicio estructural y la necesidad de un compromiso directo con la estabilidad y resistencia mecánica del edificio, no son dos exigencias legales que se planteen de una manera disyuntiva, alternativa o excluyente, sino que se trata de dos condiciones que deben cumplirse conjunta y cumulativamente para que proceda la aplicación del art. 17.1.a) LOE<sup>111</sup>. Esa doble exigencia legal puede ser interpretada desde dos puntos de vista distintos y casi radicalmente opuestos:

- a. La exigencia cumulativa de ambos requisitos implica que los propietarios y adquirentes de edificios o partes de los mismos podrán reclamar responsabilidad con arreglo al art. 17.1.a) LOE sin necesidad de esperar a que la edificación se arruine en el sentido estricto del término, produciéndose su destrucción, pérdida o derrumbamiento físico y material. Antes al contrario, podrían ya exigir responsabilidad desde el momento en que el defecto constructivo estructural ponga en serio peligro la estabilidad, solidez y resistencia de la edificación, amenazando su ruina física o derrumbamiento, siempre que, por supuesto, ello se produzca durante el plazo de garantía legal. De este modo, el ámbito de aplicación del art. 17.1.a) LOE viene a comprender la llamada “ruina potencial”, confirmándose así una reiterada línea jurisprudencial, nacida al amparo de la interpretación del art. 1591 Cc, en virtud de la cual, para calificar un supuesto como ruina no era necesario ni siquiera que el perecimiento del edificio hubiese acaecido ya en el plazo de garantía decenal, sino que bastaba con que tales anomalías constructivas permitiesen prever razonablemente, y conforme al curso normal de los acontecimientos, la destrucción, pérdida o derrumbamiento de la edificación en un momento posterior<sup>112</sup>.
- b. Al exigirse la concurrencia cumulativa de ambos requisitos, se deduce que no todo vicio constructivo que afecte a un elemento estructural dará lugar a

<sup>111</sup> Así se deduce de la enmienda número 167 (Grupo Parlamentario Popular) publicada en BOCG, Congreso, VI Legislatura, Enmiendas, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 163-9, correspondiente al 21 de mayo de 1999, pp. 72 y 73. En la doctrina, pueden consultarse, CARRASCO PERERA, A. “Comentario al art. 19 LOE”, cit. pp. 400 y 401. GONZÁLEZ POVEDA, P. “Comentario al art. 1591 Cc”, cit. p. 633. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> D. “El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 42. CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 308. SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 334. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. pp. 465 y 466. CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 425. ÁLVAREZ OLALLA, P. *La responsabilidad por defectos en la edificación*, cit. p. 68. Con ciertas matizaciones, MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 197.

<sup>112</sup> Vid. RODRÍGUEZ MORATA, F. “Comentario al art. 1591 Cc”, cit. p. 1830. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*. (Estudio del artículo 1591 del Código Civil y su problemática actual). 2<sup>a</sup> ed. Ed. Bosch. Barcelona 1994, p. 141. CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; GONZÁLEZ CARRASCO, C. *Derecho de la construcción y la vivienda*. Ed. Dilex. Madrid 1997, p. 167. HERRERA CATENA, J. *Responsabilidades en la construcción*. T. I. Vol. I, cit. p. 263. GARCÍA CONESA, A. *Derecho de la construcción*. Ed. Bosch. Barcelona 1996, p. 428. En la jurisprudencia, véanse, entre otras, SSTS. 17 diciembre 1997 (RJ, 9099), 22 mayo 1995 (RJ, 4090), 30 julio 1991 (RJ 5424), 13 julio 1990 (RJ 5858), 18 enero 1990 (RJ 12), 4 diciembre 1989 (RJ 8793), 17 mayo 1988 (RJ 4312), 12 abril 1988 (RJ 3141), 27 octubre 1987 (RJ 7476) y 4 noviembre 2002 (RJ 9630).

la aplicación del art. 17.1.a) LOE, sino única y exclusivamente aquellos que supongan un compromiso directo para estabilidad y resistencia del edificio<sup>113</sup>. Esto significa que para la Ley puede haber vicios estructurales que no supongan una amenaza potencial para la solidez y estabilidad del edificio, a los que, por este motivo, no se podrá aplicar el plazo de garantía decenal<sup>114</sup>.

Ante esta situación, y como quiera que ha quedado descartada la aplicación del art. 17.1.a) LOE, el problema radica en saber con arreglo a qué norma podría exigirse responsabilidad por los daños materiales que traigan causa de un vicio estructural que no comprometa directamente la estabilidad y resistencia mecánica del edificio.

Cuando el vicio estructural no comprometa la estabilidad del edificio, pero ocasione un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1.c) LOE o, en general, afecte a la edificación impidiendo un uso satisfactorio de la misma con arreglo a su destino, la responsabilidad de los daños así provocados podrá exigirse por la vía del párrafo primero del art. 17.1.b) LOE, que consagra el denominado plazo de garantía trienal<sup>115</sup>. Este dato contribuye a demostrar que, al exigirse cumulativamente la presencia de un vicio estructural y la existencia de un compromiso directo para la estabilidad del edificio, el legislador pretende dejar suficientemente claro que quedan excluidos del plazo de garantía decenal (art. 17.1.a LOE) no sólo los desperfectos corrientes, sino sobre todo (y esto es lo que realmente interesa) la tradicionalmente denominada “ruina funcional”<sup>116</sup>, entendida como sinónimo de graves anomalías constructivas que, pese a ello, no comprometen la existencia o estabilidad del edificio, pero repercuten negativamente en sus condiciones de habitabilidad, impidiendo un uso satisfactorio del mismo de acuerdo con el destino para el que estaba previsto<sup>117</sup>. Por lo tanto, de entre todos los defectos constructivos que puedan ser calificados como graves y que excedan de las imperfecciones corrientes, el art. 17.1.a) LOE sólo podrá ser aplicado a aquellos que afecten a elementos estructurales y que además pongan directamente en peligro la solidez, resistencia y estabilidad del edificio. Aun cuando sean graves, aunque repercutan negativamente

<sup>113</sup> A título de ejemplo, Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 467.

<sup>114</sup> Vid. ÁLVAREZ OLALLA, P. *La responsabilidad por defectos en la construcción*, cit. p. 68.

<sup>115</sup> A este respecto, Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 496 y GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 467.

<sup>116</sup> MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> D. “El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 42.

<sup>117</sup> Entre otras, pueden consultarse SSTS. 20 noviembre 1959 (RJ 4452), 7 junio 1966 (RJ 4482), 14 mayo 1973 (RJ 2130), 10 diciembre 1976 (RJ 5376), 3 octubre 1979 (3236), 21 abril 1981 (RJ 1660), 8 febrero 1982 (RJ 584), 9 mayo 1983 (RJ 2679), 30 septiembre 1983 (RJ 4690), 17 febrero 1984 (RJ 690), 16 junio 1984 (RJ 3245), 7 junio 1986 (RJ 3297), 4 abril 1987 (RJ 2490), 8 junio 1987 (RJ 4048), 15 junio 1990 (RJ 4761), 13 julio 1990 (RJ 5858), 15 octubre 1990 (RJ 7867), 16 diciembre 1991 (RJ 9715), 31 diciembre 1992 (RJ 10423), 25 enero 1993 (RJ 356), 7 febrero 1994 (RJ 919), 24 marzo 1994 (RJ 2531), 27 junio 1994 (RJ 6505), 13 octubre 1994 (RJ 7547), 2 diciembre 1994 (RJ 9394), 7 febrero 1995 (RJ 3130), 15 mayo 1995 (RJ 4237), 21 marzo 1996 (RJ 2233), 16 noviembre 1996 (RJ 8262), 29 mayo 1997 (RJ 4117), 30 enero 1997 (RJ 845), 4 marzo 1998 (RJ 1039), 6 marzo 1999 (RJ 1367), 23 marzo 1999 (RJ 2382), 21 junio 1999 (RJ 4390), 18 diciembre 1999 (RJ 8233), 7 marzo 2000 (RJ 1509), 15 diciembre 2000 (RJ 10445), 24 enero 2001 (RJ 2047), 16 abril 2001 (RJ 5287), 28 mayo 2001 (RJ 3437), 22 junio 2001 (RJ 5074), 16 noviembre 2001 (RJ 9459), 4 noviembre 2002 (RJ 9630), 21 noviembre 2002 (RJ 2853), 27 febrero 2003 (RJ 2515) y 2 abril 2003 (RJ 3001).



en la habitabilidad del edificio, incluso, pese a que sean estructurales, los defectos constructivos que no cumplan con esta condición de comprometer la estabilidad del edificio no estarán incluidos en la garantía decenal. De este modo, el concepto de ruina recupera su sentido originario como únicamente comprensivo de la pérdida, destrucción o derrumbamiento físico del edificio<sup>118</sup>, pues queda despojado, por obra del art. 17.1.a) LOE, de aquella extensión artificial que, al incluir también bajo su ámbito los defectos funcionales graves (hoy denominados de habitabilidad), le había otorgado el Tribunal Supremo con la finalidad de dotar de cierta utilidad práctica al art. 1591 Cc<sup>119</sup>.

A diferencia de ello, si el defecto estructural no compromete la estabilidad del edificio ni tampoco repercute negativamente en su habitabilidad, el daño que traiga causa del mismo no podrá ser resarcible conforme al régimen de responsabilidad contemplado por la LOE<sup>120</sup>. Descartado el juego de las garantías decenal y trienal, también quedará excluida la aplicación de la garantía anual (párrafo segundo art. 17.1.b LOE), puesto que difícilmente un vicio de carácter estructural puede

<sup>118</sup> Como afirma DÍEZ PICAZO (“Ley de Edificación y Código Civil”, cit. p. 16) a partir de la entrada en vigor de la LOE ya no resulta adecuado utilizar la expresión “ruina funcional”, puesto que no hay más ruina que la que procede de defectos estructurales. Véase igualmente como clarificador, MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 200.

<sup>119</sup> En efecto, el art. 1591 Cc, depositario de la famosa responsabilidad decenal por ruina en los edificios, además de haber sido ideado originariamente para desplegar exclusivamente su eficacia en el marco del contrato de obra, había sido concebido pensando en los procesos constructivos de tipo artesanal propios de la época decimonónica en la que fue promulgado (CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 410); circunstancias éstas que pronto convirtieron al citado precepto en incapaz para dar una respuesta satisfactoria a las nuevas relaciones, necesidades y problemas que comenzaban a surgir en la construcción de los edificios como consecuencia de la constante evolución y creciente complejidad de la actividad constructiva (En este mismo sentido, Vid. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. “La responsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil como antecedente de la Ley de Ordenación de la Edificación: su fundamento y las reglas básicas de su funcionamiento”, cit. p. 11. A falta de una reforma legislativa, la incapacidad que padecía el art. 1591 Cc para resolver muchos de los problemas que planteaban las deficiencias en la construcción, permitió consolidar una doctrina jurisprudencial, la cual no sólo pretendía completar y adaptar este artículo a la nueva y compleja realidad del proceso constructivo al que debía ser aplicado, para así hacerlo útil y servible (SEIJAS QUINTANA, J. A. “La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación”, cit. p. 93 sino que también intentaba dotar de una mayor protección a los adquirentes de inmuebles respecto a los daños sufridos en los mismos por vicios o defectos constructivos (sobre el carácter tuitivo de esta jurisprudencia respecto los intereses de aquella parte que se consideraba “débil” en el contrato de obra, Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 413. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> D. “El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 28. MESA MARRERO, C. “El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos”, cit. p. 16. VICENTE DOMINGO, E. “Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código Civil?”, cit. p. 1384, lo que dio lugar a que el Derecho se articulara con base en una jurisprudencia de intereses (CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 413). Ahora bien, en múltiples ocasiones estas soluciones jurisprudenciales carecían de todo soporte legal en la literalidad y dictados del propio art. 1591 Cc, por lo que resultaba obvio que más que de una tarea interpretativa se trataba de una verdadera creación de reglas jurídicas, que acabó por otorgar al citado precepto un contenido y un sentido del que no estaba dotado originariamente. En opinión de CARRASCO (“La insistente recurrencia de un falso problema...”, cit. p. 3, “... la tarea emprendida y consumada por nuestros Tribunales en 30 años no puede llamarse interpretativa propiamente dicha”. Y eso es lo que precisamente sucedió con el concepto de “ruina funcional”. Como bien afirma CABANILLAS (*Ibidem Supra*, p. 495), “La forma en la que el artículo 1591, párrafo 1º del Código se expresa, y su fin inmediato, hacen pensar en unos concretos defectos de construcción: aquellos que afectan a la solidez y estabilidad del edificio. Ampliar el concepto de ruina a aquellos otros que implican la inutilidad del bien para su habitabilidad, y que pueden no afectar a la solidez del edificio, supone distorsionar la letra del artículo 1591, párrafo 1º del Código Civil. No estamos ante una posible interpretación extensiva, sino ante una ruptura con el precepto”.

<sup>120</sup> CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 308.

ser debido a un defecto de terminación y acabado en la ejecución de las tareas constructivas. La caracterización del defecto constructivo como vicio estructural es incompatible e impide su calificación como vicio de terminación o acabado.

Parece, pues, que la cobertura de la LOE no alcanzaría a aquellos daños que provengan de un vicio estructural que no comprometa la estabilidad del edificio, ni repercuta negativamente en sus condiciones de habitabilidad. Al excluirse la aplicación de la LOE, quizás podría pensarse que lo normal sería recurrir a las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual para proceder al resarcimiento de los daños materiales que tengan su origen en un defecto constructivo de este tipo<sup>121</sup>. No obstante, creemos que tiene razón MORENO-TORRES HERRERA cuando literalmente afirma que “aunque es cierto que todo vicio entraña *per se* un daño, sería una exigencia desproporcionada y abusiva exigir del obligado la reparación de un defecto que ni entraña riesgo alguno para la edificación ni obstaculiza su adecuada utilización”<sup>122</sup>.

### **3.2. Los vicios o defectos de habitabilidad**

El párrafo primero del art. 17.1.b) LOE rige únicamente para aquellos daños materiales que traigan causa de vicios o defectos en los elementos constructivos o en las instalaciones que ocasionen un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad recogidos por el art. 3.1.c) LOE.

Como fácilmente se observa, el citado precepto no refiere el incumplimiento provocado por el vicio constructivo a todo o a cualquier requisito de habitabilidad, sino únicamente a aquellos que aparecen tipificados como tales en el art. 3.1.c) LOE. A primera vista, da la impresión de que el art. 17.1.b) LOE estaría sustrayendo de su ámbito de aplicación los defectos constructivos que, aun repercutiendo negativamente en la habitabilidad o funcionalidad del edificio, no vulnerasen el cumplimiento de los requisitos de esta misma naturaleza legalmente contemplados. Sin embargo, consideramos que esta primera impresión puede ser desvirtuada con arreglo a las siguientes razones:

- a. Durante la tramitación parlamentaria de la LOE, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) formuló una enmienda (núm. 155)<sup>123</sup> en la que se proponía que se eliminase del art. 17.1.b) del Proyecto de Ley el adjetivo “básicos” como calificativo de los requisitos de habitabilidad a cuyo incumplimiento se remitía el citado precepto. No obstante, y pese a la clara intención de la enmienda, al final el art. 17.1.b) LOE, en vez de aludir simplemente al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad en general, quedó

---

<sup>121</sup> Para MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (“El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 42) la solución pasa por incluir en la acción decenal cualquier vicio grave, ya sea causante de ruina funcional o de cualquier desperfecto que limite el uso previsto de la edificación, siempre que no se encuentre entre los descritos en el apartado b) del art. 17.1 LOE.

<sup>122</sup> MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 198.

<sup>123</sup> Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Enmiendas, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 163-9, correspondiente al 21 de mayo de 1999.

redactado de tal manera que el incumplimiento acabó por referirse única y exclusivamente a los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c) del art. 3 LOE<sup>124</sup>. Por lo tanto, se produjo una restricción del ámbito objetivo de aplicación del art. 17.1.b) LOE que consideramos improcedente, porque, además de indeseada, carecería de todo fundamento lógico y, lo que es más importante, entraría en contradicción con la propia Exposición de Motivos de la Ley, en donde se afirma que "... todos los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, durante tres años, responderán por los daños materiales en el edificio causados por vicios o defectos que afecten a la habitabilidad"<sup>125</sup>.

- b. Aun cuando no se admita esta interpretación basada en el *iter* parlamentario de la Ley, y aunque se insista en que el ámbito de aplicación del párrafo primero del art. 17.1.b) LOE queda limitado literalmente al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad recogidos en el art. 3.1.c) y no a otros distintos, creemos que ello tampoco es un obstáculo suficiente que impida extender la garantía trienal a cualesquiera otros defectos de habitabilidad no nombrados expresamente por la Ley.

No hay duda de que el art. 17.1.b) LOE se remite claramente (por los motivos que sea) a los requisitos relativos a la habitabilidad contemplados por el art. 3.1.c). Ahora bien, este último precepto considera como requisitos de habitabilidad no sólo los relativos a la higiene, salud y protección del medioambiente (c.1), a la protección contra el ruido (c.2), al ahorro de energía y al aislamiento térmico (c.3), sino también "otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio" (c.4). Paradójicamente el sistema se cierra con una cláusula abierta que permite dar entrada, en el marco legal de los requisitos de habitabilidad, a lo que tradicionalmente conocíamos como ruina funcional<sup>126</sup>. Entonces, para que el párrafo primero del art. 17.1.b) LOE pueda ser aplicado basta con que el vicio constructivo del que traiga causa el daño repercuta negativamente en la habitabilidad o funcionalidad del edificio, de modo tal que impida un uso satisfactorio del mismo con arreglo al destino para el que estaba previsto. También es necesario que la anomalía o defecto constructivo sea relativamente grave o, por lo menos, debe exceder de las imperfecciones corrientes propias de toda obra, pero no ha de serlo tanto que suponga un compromiso directo para la estabilidad y resistencia mecánica del edificio. Si se cumplen todas estas condiciones, resulta indiferente que el vicio se localice en un elemento estructural, en cualquier otro elemento constructivo que no forme parte de la estructura de la edificación e, incluso, en sus instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización adscritos. En todos estos casos, los daños materiales que sufra el edificio por dichos motivos quedarán sujetos al plazo de garantía trienal.

<sup>124</sup> Para una exposición más amplia y detallada del devenir y resultado de esta enmienda, Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "La responsabilidad civil por defectos en la construcción...", cit. p. 493.

<sup>125</sup> Vid. el núm. 5 de la Exposición de Motivos de la LOE.

<sup>126</sup> Para la doctrina véase la nota 54 del presente trabajo y para relación de jurisprudencia puede consultarse la nota 117 también de este trabajo.

En consecuencia, en orden a delimitar la aplicación del plazo de garantía trienal, podemos considerar defecto de habitabilidad a toda anomalía constructiva que, excediendo de las imperfecciones corrientes pero sin comprometer la estabilidad y resistencia del edificio, impida un uso satisfactorio del mismo según su destino, porque, el párrafo primero del art. 17.1.b) LOE se remite a los requisitos de habitabilidad del art. 3.1.c) y, a su vez, porque este precepto incluye, entre tales requisitos de habitabilidad (3.1.c.4), los aspectos funcionales de los elementos constructivos que permitan un uso satisfactorio de la edificación. Ante esta situación, es necesario interrogarse qué sentido tiene que la remisión normativa efectuada por el art. 17.1.b) al art. 3.1.c) no se restrinja solamente a su número 4 y se extienda también a sus tres primeros números precedentes, toda vez que esos requisitos básicos de habitabilidad relativos a la higiene, protección contra el ruido, ahorro de energía, aislamiento térmico, etc., no son otra cosa que concretos y específicos aspectos funcionales del edificio precisos para su uso satisfactorio, los cuales ya quedarían comprendidos y absorbidos, por ese motivo, en la referencia general que el art. 3.c.4) LOE realiza a dichos aspectos funcionales en abstracto.

A este respecto, hay que subrayar que el art. 3.2 LOE enlaza directamente con su precedente (art. 3.1) al decir que “el Código Técnico de la Edificación es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y sus instalaciones, de tal forma que permite el cumplimiento de los requisitos anteriores”. Por consiguiente, si la normativa técnica de la edificación es la que contiene las prescripciones que establecen las exigencias de calidad de los edificios y permiten garantizar el cumplimiento de los requisitos de seguridad y habitabilidad exigidos (art. 3.2 LOE); y si las condiciones de higiene, salud y protección del medioambiente, las medidas de protección contra el ruido, así como la exigencia de aislamiento térmico necesario para lograr ahorrar y usar racionalmente la energía, son requisitos básicos de la edificación relativos a la habitabilidad (arts. 3.1.c.1, 3.1.c.2, 3.1.c.3 LOE), de la interpretación conjunta de ambos datos se deduce que la inobservancia de estos concretos requisitos de habitabilidad supondrá, a su vez, el incumplimiento de aquella normativa técnica de la edificación que los recoja y garantice.

De esta forma se comprende la opinión de quienes entienden<sup>127</sup> que el hecho de que la remisión normativa efectuada por el art. 17.1.b) LOE se extienda no sólo a los aspectos funcionales que permitan un uso satisfactorio del edificio en general, sino también a los concretos requisitos de higiene, protección contra el ruido, aislamiento térmico, etc., significa que, a efectos de determinar la aplicación de la garantía trienal, se podrá considerar como vicio de habitabilidad el mero incumplimiento de la normativa técnica de la edificación que haga referencia a estos específicos requisitos recogidos en los tres primeros números del art. 3.1.c) LOE. Según esta teoría, para que los propietarios y sucesivos adquirentes de un edificio puedan reclamar responsabilidad con base en el art. 17.1.b) LOE, bastaría con la sola existencia de un

---

<sup>127</sup> En concreto, nos estamos refiriendo a las teorías desarrolladas por SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. pp. 335 y 336, así como por CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. pp. 426 y 427.

vicio constructivo que suponga la inobservancia de las normas técnicas de obligado cumplimiento en la edificación, sin que sea necesario además que dicha deficiencia llegue a repercutir efectivamente y de manera negativa en sus condiciones de habitabilidad o funcionalidad<sup>128</sup>.

De acuerdo con ello, la remisión que el art. 17.1.b) LOE realiza al art. 3.1.c) incluyendo los requisitos de higiene, protección contra el ruido, aislamiento térmico, etc., tiene un doble sentido y desempeña una doble función.

En primer lugar, al considerarse como defecto de habitabilidad el mero incumplimiento de la normativa técnica relativa a estos extremos, se estaría ampliando el ámbito objetivo de aplicación de la tradicionalmente denominada “ruina funcional”, pues el citado art. 17.1.b) LOE permitiría exigir responsabilidad respecto a determinados daños que no eran susceptibles de ser resarcidos ni reparados conforme al régimen del art. 1591 Cc. Por ejemplo, la simple falta del debido aislamiento acústico constituiría un daño resarcible conforme al art. 17.1.b) LOE, porque se trataría de un defecto de construcción que supondría un incumplimiento la Norma Básica de la Edificación-CA-88 sobre “Condiciones Acústicas de los Edificios”<sup>129</sup>, pero, probablemente, no habría dado lugar a responsabilidad ex art. 1591 Cc, cuando dicha inobservancia no repercutiese negativamente en las condiciones de habitabilidad del edificio<sup>130</sup>.

En segundo lugar, la remisión que el art. 17.1.b) LOE efectúa a los requisitos básicos de habitabilidad expresamente enumerados en el art. 3.1.c) LOE, obliga a tener en cuenta la normativa técnica de la edificación sobre estos extremos para poder valorar si el vicio constructivo repercute efectivamente y de manera negativa en sus reales condiciones de habitabilidad y funcionalidad. Es decir, los requisitos básicos relativos a la habitabilidad y la normativa técnica que los regula, funcionarían a

<sup>128</sup> A este respecto es necesario matizar que el incumplimiento de la normativa básica de la edificación relativa a los requisitos de habitabilidad debe traer causa de un defecto o anomalía que se localice en los elementos constructivos o instalaciones del edificio (GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> C. “Comentario al art. 3 LOE”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2000, p. 81. CARRASCO PERERA, A. “Comentario al art. 19 LOE”, cit. p. 402). Siempre que ello acontezca, resulta indiferente que tal deficiencia constructiva provoque o no un deterioro material en la edificación, pues, como ya habíamos anunciado, el concepto de daño material no es equiparable a la existencia de un desperfecto o destrucción física de la construcción o alguno de sus elementos, sino que se identifica con la necesidad de invertir en costes de reparación para recuperar, así, el uso pleno de la cosa. (Vid. CARRASCO PERERA, A. “Comentario al art. 19 LOE”, cit. p. 402. MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 201).

<sup>129</sup> Inicialmente llamada NBE-CA-81, esta norma fue aprobada en virtud del RD 1909/1981, de 25 de julio, y posteriormente modificada por el RD 2215/1982, de 12 de agosto, así como por la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 29 de septiembre de 1988, fecha a partir de la cual pasa a denominarse NBE-CA-88.

<sup>130</sup> En la doctrina, Vid. SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 335. Como ejemplo de lo que decimos puede consultarse la STS de 16 de noviembre 2001 (RJ 9455), en cuyo Fto. de Dcho. 3<sup>o</sup> se afirma que “los defectos constructivos denunciados no tienen condición de secundarios leves y si deficiencias previstas en el artículo 1591 y en este sentido resultan referidos básicamente a deficiencias en los conductos de ventilación, por falta de estanqueidad, tanto en el garaje como en los aseos, así como falta de chimeneas de ventilación en los cuartos de basuras, por lo que dichas irregularidades vienen calificadas como comprensibles en el concepto de ruínógenas, lo que se acomoda a la más moderna jurisprudencia de esta Sala, que declara no debe quedar reducido dicho término al derrumbamiento total o parcial, sino que se extiende a todos los defectos que dificultan el uso normal de las viviendas, lo hagan molesto o irritante y, a su vez, cuando se genera estado de imperfecciones derivadas del uso normal de las cosas...”.

modo de estándares objetivos que permitirían determinar cuando el uso del edificio puede considerarse satisfactorio o no, evitando así el tener que recurrir para ello a parámetros subjetivos, tales como la tolerancia o las condiciones personales de cada propietario<sup>131</sup>. La Ley vincula y asocia en un plano objetivo la correcta funcionalidad y uso satisfactorio del edificio a la concurrencia de los requisitos básicos de habitabilidad contemplados en la normativa técnica y, en congruencia con ello, entiende que cuando se incumpla tal normativa faltarán las mínimas condiciones objetivamente imprescindibles para conseguir un uso adecuado y satisfactorio de la edificación, sin que para llegar a esta conclusión sea preciso recurrir a otros parámetros adicionales de carácter subjetivo.

El acatamiento de la normativa técnica relativa a los requisitos básicos de habitabilidad es el primer presupuesto objetivo-funcional que siempre debe concurrir para que el edificio pueda ser utilizado satisfactoriamente. No obstante, si bien es cierto que su mera inobservancia bastaría ya de por sí para poder concluir que el edificio padece un defecto de habitabilidad, no es menos cierto que su cumplimiento no sería suficiente para poder concluir definitivamente que la edificación carece de toda deficiencia que impida un uso satisfactorio de la misma. En la práctica puede llegar a existir un vicio constructivo que repercuta negativamente en las condiciones de habitabilidad del edificio impidiendo un uso adecuado del mismo con arreglo a su destino, aun cuando su construcción se hubiese llevado a cabo en el más absoluto respeto y observancia de las normas técnicas de la edificación relativas a los requisitos básicos de habitabilidad<sup>132</sup>. Los daños materiales causados en el edificio por este concreto tipo de defectos de habitabilidad, serían igualmente resarcibles con base en el art. 17.1.b) LOE, aunque ahora ya no por la vía de la remisión a los tres primeros números del art. 3.1.c), sino con apoyo en el número cuatro de este mismo precepto, el cual alude, como vimos, a otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio.

### ***3.3. Vicios de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado de las obras***

El párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE limita su aplicación a aquellos daños materiales que traigan causa de vicios o defectos de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado de las obras.

La identificación de este concreto tipo de vicios constructivos constituye una tarea no exenta de complejidad, habida cuenta del carácter ambiguo, abstracto y jurídicamente indeterminado de los términos en los que se expresa el citado precepto.

El párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE requiere que el daño sea causado por un defecto de ejecución. Así pues, a diferencia de lo que sucede con los vicios estructurales y con los de habitabilidad, en la garantía anual, el defecto ya no se predica

---

<sup>131</sup> Vid. CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 426.

<sup>132</sup> Así lo pone expresamente de relieve SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 335.

objetivamente de un elemento constructivo o de las instalaciones del edificio, sino que se refiere a la realización de la actividad de construcción en sí misma considerada. La anomalía debe presentarse en la ejecución de la actividad constructiva. Lo defectuoso ha de ser la labor de construcción.

Sin embargo, no cualquier vicio de ejecución en la actividad constructiva puede dar lugar a la aplicación del párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE. Se precisa que la defectuosa tarea de construcción afecte a los elementos de terminación y acabado de las obras:

- a. La Ley no aclara qué debe entenderse por elementos de terminación y acabado. De lo manifestado en relación con la precisión del sentido de la expresión “vicios de ejecución”, se desprende que, aunque el art. 17.1.b) (pf. 2º) LOE utilice el término “elementos” para aludir a estos conceptos, la “terminación o acabado” no puede concebirse legalmente con la finalidad de individualizar determinados elementos constructivos del edificio, sino para identificar una concreta y específica fase del proceso de construcción de una edificación. Así pues, de entre las múltiples anomalías que pueden surgir en el desarrollo de la actividad constructiva, el art. 17.1.b) (pf. 2º) LOE se aplica única y exclusivamente a aquellos defectos que se localizan en la ejecución de los concretos aspectos relativos a su remate, consumación y finalización. Pero no es necesario que el vicio tenga lugar al final de todo el proceso constructivo y que se refiera al remate o acabado de las obras de construcción del edificio en su globalidad, sino que resulta suficiente con que se detecte en la terminación de las tareas de construcción de cualesquiera partes o elementos de la edificación, aun cuando ello acontezca restando todavía muchas fases que recorrer para llegar a la finalización de las obras en general<sup>133</sup>.
- b. La Ley tampoco concreta cual ha de ser el sentido en el que el vicio de ejecución debe afectar a la terminación o acabado de la actividad constructiva. Por lo tanto, dada la imprecisión y amplitud de significado con el que se utiliza el verbo “afectar”, entendemos que los aspectos de terminación y acabado de la labor de construcción se podrán considerar afectados, no sólo cuando la anomalía ejecutiva impida que aquélla pueda finalizarse y consumarse por entero, sino también cuando se haya concluido totalmente pero de manera imperfecta debido a la concurrencia de un defecto de ejecución que imposibilita, no su completa, sino su correcta terminación. A efectos de aplicar el art. 17.1.b) (pf 2º) LOE, resulta tan defectuosa la incompleta ejecución de la actividad constructiva por inconclusa, no finalizada, pendiente de terminación y acabado, como la labor de construcción rematada y enteramente finiquitada, pero incorrectamente realizada<sup>134</sup>. Ejemplo de lo primero, sería el

<sup>133</sup> Vid. CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 312.

<sup>134</sup> Vid. MORENO-TORRES HERRERA, Mª L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 201. De hecho, CORDERO LOBATO (“Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 312) reconoce que, como el art. 17.1.b) no dice en qué menoscabo ha de concretarse el daño, “... el precepto cubre cualquier falta de conformidad con los elementos de terminación o acabado que tenga su causa en un vicio o defecto de ejecución”.

caso del parquet de una habitación que queda en parte sin barnizar, mientras que ejemplo de lo segundo sería la hipótesis en la que el parquet de todas las dependencias haya sido barnizado, pero mal o defectuosamente<sup>135</sup>. En definitiva, la exigencia legal de que la edificación se entregue sin que existan vicios de terminación o acabado no sólo significa que la actividad constructiva debe quedar finalizada, sino que además debe quedar finalizada sin defectos.

De cualquier forma, aunque estamos de acuerdo en que el párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE no puede ser concebido como un “cajón de sastre” en el que vengan ahora a tener cabida todos aquellos defectos constructivos que no tuviesen encaje en las reglas anteriores<sup>136</sup>, lo cierto es que para que este precepto pueda aplicarse es necesario: a) Que no se trate de un vicio estructural que suponga la ruina física del edificio, como sinónimo de pérdida o derrumbamiento material del mismo; b) Que no se trate de un defecto estructural que, pese a no ser causa inmediata de la ruina física, suponga un compromiso directo para la estabilidad del edificio. c) Que no se trate de un vicio estructural que, aunque no comprometa la estabilidad del edificio, ocasione un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1.c) LOE o, en general, afecte a la edificación impidiendo un uso satisfactorio de la misma con arreglo a su destino. d) Que no se trate de un vicio estructural, aún cuando éste no comprometa la resistencia del edificio, ni tampoco repercuta negativamente en su habitabilidad: como hemos visto<sup>137</sup>, difícilmente un vicio constructivo de carácter estructural puede ser debido a un defecto de terminación y acabado en la ejecución de las tareas constructivas. e) Finalmente, que no se trate de vicio en cualesquiera otros elementos constructivos que no sean estructurales o en las propias instalaciones del edificio cuya existencia suponga un incumplimiento de los requisitos del art. 3.1.c) LOE e impida un adecuado disfrute o un uso satisfactorio del edificio según su destino.

Al quedar descartados los defectos graves y también los que sin ser especialmente graves exceden de las imperfecciones corrientes<sup>138</sup>, queda claro que el art. 17.1.b) (pf. 2º) LOE sólo cubrirá las anomalías leves de poca entidad y que no excedan de las imperfecciones corrientes frecuentemente presentes en toda obra constructiva. Parece, pues, que el ámbito de aplicación de la garantía anual se reserva para los tradicionalmente conocidos como defectos menores o vicios no ruinógenos, los

---

<sup>135</sup> Dicho quizás de una manera menos técnica, pero más gráfica y expresiva de lo que queremos explicar, no cabe duda de que reclamaremos responsabilidad no sólo porque se nos entregue una vivienda sin alguna de las puertas de sus habitaciones (sería absurdo que pasase), sino también cuando dichas puertas no cierren o abran adecuadamente. Como otros ejemplos en los que el defecto de terminación no equivale al carácter incompleto o inacabado de la labor constructiva, sino a su terminación completa pero incorrecta, se podrían citar los siguientes: la disposición irregular de los azulejos respecto a los adornos estéticos que éstos tengan, los interruptores de la instalación eléctrica que funcionan correctamente pero que han sido colocados de manera torcida, las puertas correderas de los armarios empotrados que cierran mal, etc.

<sup>136</sup> Se trata de la opinión que compartimos con CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 312.

<sup>137</sup> Véase lo manifestado a este respecto en el epígrafe 3.1 de este trabajo relativo a los vicios o defectos estructurales. Vid. igualmente la nota 102.

<sup>138</sup> Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 492.



cuales habían quedado jurisprudencialmente excluidos del juego de la garantía decenal del art. 1591 Cc<sup>139</sup>.

Por lo tanto, la incorporación a la LOE de la garantía anual para los defectos de terminación y acabado constituye una medida normativa completamente nueva<sup>140</sup> y previamente inexistente que contribuye a ampliar el ámbito objetivo de aplicación del régimen de responsabilidad por vicios constructivos en la edificación, puesto que se extiende su campo de actuación a todo un conjunto de anomalías que antes quedaban excluidas del radio de acción de una garantía decenal (art. 1591 Cc) limitada al marco de los vicios ruínógenos, representados por la ruina en sentido estricto (ya fuese total o parcial), la ruina potencial y la ruina funcional.

Esta nueva garantía normativa consistente en poder exigir responsabilidad por vicios de terminación y acabado también comporta un importante cambio respecto a los niveles de calidad legalmente requeridos para las edificaciones. Nos explicamos: el aseguramiento de la calidad de los edificios es una cuestión que preocupa especialmente al legislador español, puesto que a lo largo de la LOE las alusiones a esta cuestión se reiteran frecuentemente<sup>141</sup>. La calidad en la construcción constituye uno de los fines primordiales que la Ley pretende garantizar, mediante la exigencia de unos requisitos básicos que deben concurrir en toda edificación y que, según el párrafo 3º de la EM y los arts. 1.1 y 3.1 LOE, aluden tanto a la seguridad, funcionalidad y habitabilidad, como al bienestar de las personas. En desarrollo de

<sup>139</sup> En clásica terminología acuñada por HERRERA CATENA, J. *Responsabilidades en la construcción*, T. I. Vol. I, cit. p. 84 y ss. Tradicionalmente, y con anterioridad a la vigencia de la LOE, se entendía por vicios ruínógenos aquellos que quedaban comprendidos en el ámbito de la aplicación jurisprudencial del art. 1591 Cc: la ruina en sentido estricto como sinónimo de pérdida o derrumbamiento del edificio o una parte del mismo, la ruina potencial en alusión a los vicios que hacían temer la pérdida futura del edificio y, finalmente, la ruina funcional, por referencia a aquellos vicios constructivos que impedían un uso satisfactorio del edificio de acuerdo con el destino que le era propio. Según estas precisiones, en la actualidad podríamos entender por vicios ruínógenos los tipificados en los arts. 17.1.a) y en el párrafo primero del art. 17.1.b): vicios o defectos que afecten a elementos estructurales y comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, así como vicios o defectos en elementos constructivos o instalaciones que ocasionen un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad. Sin embargo, bajo la órbita normativa del art. 1591 Cc no se comprendían los denominados vicios menores, los cuales se caracterizaban por ser defectos constructivos que no excedían de las imperfecciones corrientes. Vid. SSTS. 29 enero 1991 (RJ 345), 22 septiembre 1994 (RJ 6982) y 11 diciembre 2002 (RJ 10929). La responsabilidad generada por los daños causados por este concreto tipo de vicios menores normalmente se resolvía mediante la aplicación de la normativa general en materia de incumplimiento (arts. 1098 y 1101 Cc). En la doctrina, Vid. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Mª D. “El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 42. FEMENÍA LÓPEZ, P. J. *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, cit. pp. 108 y 109. ALVAREZ OLALLA, P. *La responsabilidad por defectos en la edificación*, cit. p. 18. Por este motivo, a esta concreta clase de vicios se les denominaba vicios no ruínógenos, y tras la vigencia de la LOE podríamos decir que equivaldrían a los vicios o defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación y acabado de las obras, ahora sí expresamente contemplados en el párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE.

<sup>140</sup> La doctrina no ha dudado en calificarla de esta manera. Así, Vid, entre otros, HERBOZA MARTÍNEZ, I. *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, cit. pp. 191 y 197. FEMENÍA LÓPEZ, P. J. *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, cit. p. 108. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 467. SANTOS MORÓN, Mª J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 334.

<sup>141</sup> Así, podemos encontrar menciones a la exigencia de calidad en los edificios en los siguientes preceptos: en la Exposición de Motivos en sus párrafos tercero y cuarto, así como en el párrafo segundo del número 2 y en el párrafo segundo del número 8; en el articulado, destacan los arts. 1.1, 3.2 (párrafo primero), 11.2.a), 13.1, 14.1, 14.2, 14.3, 15.3.a), 15.3.b). En la doctrina resalta también esta preocupación legal por la exigencia de calidad, FUENTESECA, C. “La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación deroga...”, cit. p. 450.

esta idea, el legislador liga la noción de calidad a la inexistencia de los defectos constructivos que se contemplan en el art. 17 LOE. De modo tal que, cuando el edificio sufra alguna de estas deficiencias, los agentes intervinientes en su construcción deberán responder por los daños causados, ya que se estarán incumpliendo las exigencias legales mínimas de calidad<sup>142</sup>. De acuerdo con ello, la circunstancia de que el art. 17.1.b) (pf. 2º) incorpore como novedad la responsabilidad del constructor por los daños derivados de vicios de ejecución que afecten a elementos de terminación y acabado, significa que la ausencia de tales anomalías constituye una exigencia mínima de calidad que ha de cumplir todo edificio, pues de lo contrario no se establecería tal responsabilidad. En consecuencia, al incluirse en la LOE la responsabilidad por vicios de terminación o acabado, se han elevado los niveles mínimos de calidad que hasta ahora se requerían para los edificios, pues para que éstos puedan entenderse cumplidos y satisfechos no resulta suficiente con que la edificación carezca de defectos estructurales que comprometan su estabilidad o de vicios en sus elementos constructivos o instalaciones que repercutan negativamente en su habitabilidad, sino que además es necesario que no padezca cualesquiera otros vicios menores o imperfecciones corrientes. En otras palabras, para que un edificio cumpla las exigencias legales mínimas de calidad no basta con que sea mecánicamente resistente, estable y habitable, sino que también se requiere que se encuentre completa y correctamente terminado y acabado.

#### **4. Los plazos de garantía en los que deben tener lugar los daños resarcibles conforme a la LOE**

Por último, para que proceda la aplicación del régimen de responsabilidad contemplado en la LOE, tampoco basta con que el edificio padezca un daño material que traiga causa de alguno de los vicios constructivos tipificados en su art. 17.1. Resulta igualmente imprescindible que ese específico evento dañoso tenga lugar y acontezca dentro los plazos legalmente fijados por ese mismo precepto.

##### ***4.1. La funcionalidad y naturaleza atribuible a los plazos legalmente fijados para el surgimiento del daño***

La fijación de los plazos establecidos en el art. 17.1 LOE tiene como función primordial establecer una nítida distinción entre aquellos daños materiales que provienen directamente de anomalías en el proceso de fabricación del edificio, y aquellos otros daños provocados por causas distintas que no pueden ser calificadas como defectos constructivos originarios.

Si el daño material que sufre el edificio por alguno de los vicios tipificados en el art. 17.1 LOE se produce dentro de los plazos legalmente fijados por ese mismo precepto, la Ley supone automáticamente que aquél se debe a una anomalía originaria localizada en el proceso de construcción y no a otros motivos distintos sobrevenidos con posterioridad. Se establece así una presunción *iuris tantum*<sup>143</sup> que, al presumir

---

<sup>142</sup> Vid. SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 325.

<sup>143</sup> La jurisprudencia ya había mantenido esta inversión de la carga de la prueba con respecto a la aplicación del plazo de garantía decenal previsto en el art. 1591 Cc. Vid. SSTS. 25 enero 1993 (RJ 356),

el carácter originario del daño producido, invierte la carga de la prueba presuponiendo también la “culpa” de los agentes intervinientes en el proceso de edificación, quienes únicamente podrán exonerarse de su responsabilidad<sup>144</sup>, demostrando que el hecho dañoso tiene su origen en una causa que es totalmente ajena a su esfera de actuación o poder de influencia (caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o culpa del perjudicado, según art. 17.8 LOE).

Por el contrario, si el daño se manifiesta una vez que hayan transcurrido los plazos legalmente fijados, ya no se podrá presumir ni su carácter originario, ni la intervención de los agentes de la edificación en su producción. Ahora bien, la circunstancia de que no pueda entrar en juego la presunción *iusuris tantum*, y la inversión de la carga de la prueba que ésta conlleva, no conduce a la plena irresponsabilidad de los agentes de la edificación, sino únicamente a la imposibilidad de reclamar su responsabilidad con arreglo al especial régimen contemplado en la LOE<sup>145</sup>. En esta coyuntura, los agentes de la edificación seguirán estando obligados a reparar o indemnizar el daño causado, pero la exigencia de su responsabilidad deberá canalizarse ahora mediante el ejercicio de las acciones generales y ordinarias, ya sean éstas contractuales o extracontractuales<sup>146</sup>.

Así pues, lo que en realidad hace la LOE es articular una serie de plazos de garantía, porque, si el daño se produce durante su transcurso y antes de que el tiempo legalmente fijado se agote, la Ley asegura su efectiva reparación o indemnización mediante un especial régimen de responsabilidad que se diferencia del sistema general en el establecimiento de unas condiciones probatorias más favorables para el perjudicado (inversión de la carga de la prueba y presunción de culpa de los agentes de la edificación), las cuales encuentran apoyo en la presunción *iusuris tantum* de que el evento dañoso que acontece en plazo legal no se debe a una causa sobrevenida sino a una deficiencia originaria del proceso de fabricación del edificio.

Consecuentemente, dado que la exigencia consistente en que los daños se produzcan en los plazos fijados legalmente sirve para determinar si aquéllos se deben a causas originarias o sobrevenidas al proceso constructivo, y como quiera que el particular régimen de responsabilidad contenido en la LOE sólo rige para aquellos hechos dañosos que provengan de defectos en la fabricación o construcción de los edificios, se concluye que la fijación de los referidos plazos de garantía también

<sup>143</sup> 27 junio 1994 (RJ 6505), 29 mayo 1997 (RJ 4117), 20 mayo 1999 (RJ 4113) y 25 junio 1999 (RJ 4560). En la doctrina, Vid. GARCIA CANTERO, G. “La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código Civil”, cit. pp. 1091 y 1092. CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ CARRASCO, C. *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit. p. 160. GONZÁLEZ POVEDA, P. “Comentario al art. 1591 Cc”, cit. p. 634.

<sup>144</sup> Vid. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M<sup>a</sup> D. “El artículo 1591 Cc ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p.45.

<sup>145</sup> Ya con anterioridad a la vigencia de la LOE, la jurisprudencia había declarado que no podrá invocarse la aplicación del art. 1591 Cc en aquellos casos en los que el daño apareciese después de que hubiese transcurrido el plazo de garantía decenal. Vid., en concreto, SSTS. 15 junio 1998 (RJ 5053) y 20 julio 2002 (RJ 7473). En la doctrina, CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 341.

<sup>146</sup> Sin embargo, MORENO-TORRES HERRERA (“Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 192) se inclina a favor de la aplicación del régimen de responsabilidad contenido en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, desechando la posibilidad de recurrir al ejercicio de las acciones contractuales por no encontrar apoyo ni en los arts. 1101 y 1124 Cc, ni en la regulación del contrato de compraventa.

contribuye a delimitar objetivamente el ámbito de aplicación de la LOE, en el sentido de precisar cuáles son los concretos daños que quedan sometidos a ese régimen especial que, mediante una serie de derogaciones de las reglas generales en materia de responsabilidad, facilita y asegura una reparación que, de otro modo, quedaría sujeta a un procedimiento mucho más complicado y costoso<sup>147</sup>.

#### **4.2. Graduación de la duración y procedimiento para la selección de los plazos de garantía aplicables a cada daño**

Bajo el imperio normativo del art. 1591 Cc existía un único plazo de garantía de diez años que era de aplicación común a todo daño resarcible conforme a este precepto, con independencia de cuál fuese el concreto tipo de vicio constructivo que lo hubiese provocado<sup>148</sup>. A estos efectos, lo que realmente importaba era asegurar que el daño provenía de un defecto de construcción originario y no de otras causas sobrevenidas. Una vez adquirida esta certeza, resultaba indiferente que aquél tuviese su origen en un defecto estructural que afectase a la estabilidad del edificio o en una anomalía que únicamente repercutirse negativamente en su habitabilidad. Por el contrario, la clasificación del concreto tipo de vicio constructivo, constituía un referente imprescindible en orden a identificar aquellos agentes de la edificación a los que se podía imputar responsabilidad por los daños ocasionados en el edificio. Según el art. 1591 Cc, si éstos se debían a un vicio de la construcción, la responsabilidad se imputaba legalmente al constructor; mientras que si provenían de un vicio del suelo o de la dirección, la responsabilidad era imputable al arquitecto<sup>149</sup>. En definitiva, los distintos defectos constructivos tipificados por el art. 1591 Cc no influían para nada en la aplicación del plazo de garantía decenal, pero en cambio eran un factor decisivo a la hora de identificar a los sujetos responsables del mismos, pues la Ley<sup>150</sup> los contemplaba funcionalmente como auténticos criterios de imputación.

A diferencia de ello, el art. 17.1. LOE ha recogido tres plazos diversos de garantía, los cuales creemos que se establecen no en función de la entidad o gravedad del daño (como quizás podría deducirse de la Exposición de Motivos de la Ley y de determinadas opiniones doctrinales<sup>151</sup>), sino con arreglo a la naturaleza y clase del vicio constructivo del que traiga causa el daño<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> De nuevo Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 184.

<sup>148</sup> Vid. MESA MARRERO, C. “El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos”, cit. p. 40.

<sup>149</sup> Vid. GARCÍA CANTERO, G. “La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código Civil”, cit. p. 1099. Para una más amplia exposición, Vid. SALVADOR CODERCH, P. “Comentario al art. 1591 Cc”, cit. p. 1191.

<sup>150</sup> El núm. 5 de la Exposición de Motivos de la LOE afirma literalmente que “en cuanto a los plazos de responsabilidad se establecen en periodos de uno, tres y diez años, en función de los diversos daños que puedan aparecer en los edificios”.

<sup>151</sup> A título de ejemplo, Vid. CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 340. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 471. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit. p. 439. SIERRA PÉREZ, I. “La responsabilidad en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación”. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, 1999, p. 127. MORERA I PÉREZ, J. “La responsabilidad civil decenal en el anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación”. *La Ley*, 1999-3, pp. 2125.

<sup>152</sup> Así lo considera VICENTE DOMINGO, E. “Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código Civil?”,

Los tres plazos fijados por la Ley se refieren indistintamente a los daños materiales causados en el edificio sin que a este respecto se introduzcan mayores presiones, matizaciones o diferenciaciones. En cambio, el plazo decenal del art. 17.1.a) se establece para los vicios que afecten a elementos estructurales comprometiendo directamente la estabilidad del edificio; el plazo trienal del párrafo primero del art. 17.1.b) alude a los defectos constructivos que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad; y el plazo anual del párrafo segundo del art. 17.1.b) atiende a los vicios de ejecución que afecten a elementos de terminación y acabado. Luego, el factor diferenciador que marca la separación entre los diversos plazos e identifica a cada uno de ellos frente a los otros, no es el daño ocasionado en el edificio cuya referencia se muestra invariable en todos los supuestos, sino el concreto tipo de vicio del que aquél proviene, pues ello es precisamente lo único que varía de unos a otros.

También hay que tener presente que, en el marco normativo de la LOE, las clases de defectos constructivos tipificados legalmente han dejado de funcionar como un referente imprescindible en orden a identificar los sujetos a quienes se puede imputar responsabilidad por los daños causados. Ahora los criterios de imputación se encuentran recogidos en los arts. 8 y ss. LOE, donde la atribución de responsabilidad se efectúa según la esfera de competencia que corresponde a cada uno de los agentes de la edificación que intervengan en el proceso edificatorio. La única excepción a esta regla general está representada por los denominados vicios de terminación y acabado (art. 17.1.b párrafo segundo LOE), pues solamente éstos continúan actuando como criterio en virtud del cual se puede imputar responsabilidad al constructor por los daños que traigan causa de los mismos, de un modo similar a como operaban, en el marco del art. 1591 Cc, los vicios de construcción respecto al contratista y los vicios del suelo o de la dirección en relación con el arquitecto.

Por consiguiente, en lo referente a la función que corresponde desempeñar a los defectos constructivos en el sistema de responsabilidad, la LOE ha instaurado una situación diametralmente opuesta a la que existía con arreglo al art. 1591 Cc. Los distintos tipos de vicios constructivos han dejado de funcionar como criterios de imputación de responsabilidad, para actuar como decisivos parámetros en orden al establecimiento de los diversos plazos de garantía. En este contexto, podemos decir que la Ley ha tomado en consideración la peculiar naturaleza, clase y características definitorias de los distintos defectos constructivos que pueden ocasionar daños materiales en un edificio en un doble sentido funcional: por un lado, para acotar y delimitar la duración de cada uno de los plazos de garantía; y, por otro lado, para determinar, entre todos los plazos posibles, cuál de ellos es el que debe ser aplicado al daño que se presenta.

#### *4.2.1. Los distintos tipos de vicios constructivos como parámetros que delimitan y acotan la duración de cada uno de los diversos plazos de garantía*

Por lo que se refiere a la graduación de la extensión temporal de los plazos de garantía, hay que comenzar recordando que la responsabilidad civil por defectos

<sup>152</sup> cit. p. 1384. En cambio, ello es algo que parece falto de toda lógica y no resulta muy comprensible desde el punto de vista jurídico, en opinión de MORERA I PÉREZ, J. “La responsabilidad decenal en el anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 2126. LACABA SANCHEZ, F. “Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley...”, cit. p. 1624 y JIMENEZ MORAGO, J. T. “Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación...”, cit. p. 1439.

en la construcción se fundamenta en el hecho comprobado de que determinados vicios constructivos pueden tardar bastante en exteriorizarse a modo de daños materiales<sup>153</sup>. Por eso la Ley concede a los propietarios un plazo de garantía para que puedan seguir reclamando responsabilidad bajo la presunción de que los daños que se produzcan en ese periodo de tiempo tienen su causa en defectos de construcción originarios que hasta ese momento no se habían manifestado. El problema en este punto radica en saber cuanto tiempo debe transcurrir y se necesita invertir para poder llegar a la conclusión de que un determinado daño ya no proviene de una anomalía constructiva originaria, sino de una causa sobrevenida.

En un principio, podría pensarse que no sería necesario que los referidos plazos de garantía tuviesen una amplia extensión temporal, porque es razonable suponer que los daños que surgen al poco tiempo de concluirse y recibirse la obra se deben, normalmente, a deficiencias en el proceso de fabricación del edificio, mientras que aquellos que tardan largos años en aparecer no suelen tener su génesis en un defecto originario de la construcción, sino en una causa sobrevenida<sup>154</sup>. Sin embargo, creemos que esta contestación debería ser descartada no sólo por el carácter impreciso y abstracto de los términos en los que se pronuncia, sino también porque parece ignorar que, dependiendo de cuál sea su naturaleza y peculiares características, existen defectos constructivos que invierten muchos años en salir a la luz, mientras que otros se presentan con mayor prontitud sin necesidad de que transcurra un amplio periodo de tiempo desde la finalización y recepción de las obras.

Por este motivo, la duración de cada uno de los diversos plazos de garantía deberá fijarse y graduarse tomando en consideración y partiendo de la específica naturaleza y peculiares características del concreto tipo de vicio constructivo que provoque el daño en cada caso. Si éste trae causa de una clase de defecto de construcción que, con arreglo a su naturaleza, tarda bastante tiempo en mostrarse, lo lógico es que el plazo de garantía que se contemple sea tendencialmente amplio. Y viceversa. Si se tratase de un vicio que, según su naturaleza, es de pronta manifestación, el plazo de garantía que se establezca para los daños que aquel ocasione, debería ser reducido en su extensión temporal. Por lo tanto, cada uno de los diversos plazos de garantía debería durar tanto tiempo (ni más, ni menos) como el que objetiva y técnicamente sea necesario esperar para que el defecto constructivo se revele a modo de daño, siempre de acuerdo con su naturaleza y peculiares características<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> Compartimos esta observación con MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>º</sup>. *Comentarios al Código Civil español*. T. X. Vol. II (arts. 1445 a 1603), 5ª ed. Ed. Reus. Madrid 1950, p. 919 y SANTOS MORÓN, M<sup>º</sup> J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. p. 337.

<sup>154</sup> Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>º</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. p. 183.

<sup>155</sup> Ahora se entiende la razón en virtud de la cual rechazábamos aquella regla basada en la probabilidad razonable de que los daños más tempranos estén causados por vicios preexistentes. Como quiera que la fijación de la duración de los plazos de garantía se efectúa con arreglo al concreto tipo de vicio del que traiga causa el daño, es posible que nos podamos encontrar ante daños que pese a exteriorizarse al poco tiempo de finalizarse y entregarse la obra provengan de un causa sobrevenida y no de un defecto constructivo originario, y también es posible que existan daños que, pese a manifestarse habiendo transcurrido ya largos años, puedan ser debidos a vicios constructivos originarios y no a otras causas sobrevenidas.

Desde esta perspectiva cobra sentido la graduación en la duración de los diversos plazos de garantía que lleva a cabo el art. 17.1 LOE:

- a. El art. 17.1.a) LOE otorga un plazo de diez años para exigir responsabilidad por los daños derivados de vicios que afecten a la estructura del edificio poniendo en peligro su seguridad y estabilidad, puesto que, al tratarse de defectos de naturaleza estructural, su exteriorización puede retardarse bastante tiempo desde el momento de la finalización y recepción de las obras. Se conceden diez años y no más, porque la Ley considera que este plazo de tiempo es objetiva y técnicamente suficiente como para que se produzca el asentamiento de los edificios<sup>156</sup>.
- b. El párrafo primero del art. 17.1.b) LOE, establece un plazo de tres años para reclamar responsabilidad por aquellos daños que traigan causa de defectos constructivos que repercutan negativamente en las condiciones de habitabilidad del edificio impidiendo un uso satisfactorio del mismo con arreglo a su destino. La duración del plazo de garantía se acorta ahora sustancialmente, pues, al tratarse de un tipo de vicios que por su naturaleza sólo afectan a la habitabilidad y al uso adecuado de la edificación, bastará con proceder a habitar y utilizar el inmueble para comprobar si existen o no deficiencias de esta clase. Por eso, la Ley considera que tres años son suficientes para constatar si el edificio reúne unas condiciones aceptables de salubridad, estanqueidad, protección contra el ruido, aislamiento térmico y cualquiera otras de las que funcionalmente dependa su satisfactorio uso.

Sin embargo, no han faltado quienes critiquen que los defectos de habitabilidad hayan sido excluidos del plazo de garantía decenal que antes les correspondía por aplicación del art. 1591 Cc y que, por esta razón, hayan quedado reducidos a un breve plazo trienal<sup>157</sup>. Pese a ello, nosotros consideramos que esta reducción no sólo se encuentra justificada<sup>158</sup>, sino que también era necesaria, toda vez que la LOE gradúa la duración de los distintos plazos de garantía de acuerdo con la naturaleza y caracteres del tipo de vicio constructivo del que traiga causa el daño.

Como ya se sabe, uno de los primordiales objetivos perseguidos por el Tribunal Supremo en torno a la aplicación del art. 1591 Cc, consistía en tratar de remediar su sobrevenida obsolescencia práctica, mediante una reiterada línea jurisprudencial que se encargó de extender y ampliar el contenido originario de este precepto, dando cabida a múltiples situaciones y supuestos de hecho para cuya regulación no había sido inicialmente concebido. Así sucedió con el

<sup>156</sup> En este mismo entendimiento, Vid. VICENTE DOMINGO, E. “Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual...”, cit. p. 1387.

<sup>157</sup> Entre otros, pueden consultarse, MESA MARRERO, C. “El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos”, cit. pp. 40 y 41. MORERA I PÉREZ, J. “La responsabilidad civil decenal en el anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. pp. 2125 y 2126. LACABA SÁNCHEZ, F. “Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley...”, cit. pp. 1624 y 1625. JIMÉNEZ MORAGO, J. T. “Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación...” cit. p. 8.

<sup>158</sup> En esta misma línea, Vid. HERBOSA MARTÍNEZ, I. *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, cit. pp. 190 y 191. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción...”, cit. p. 495. SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. pp. 337 y 338. MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. pp. 186 y 187.

concepto de ruina que, pese a haber sido pensado originalmente para albergar sólo los casos de pérdida, destrucción o derrumbamiento de las construcciones inmobiliarias, acabó por comprender también la eufemísticamente denominada “ruina funcional” en alusión a aquellos defectos constructivos que, excediendo de las imperfecciones corrientes, incidían negativamente en la habitabilidad del edificio o lo hacían inútil para atender a la finalidad que le era propia<sup>159</sup>. No obstante, al ampliarse el concepto de ruina no se modificaron simultáneamente los plazos de garantía y, por ese motivo, se aplicaba un mismo plazo de diez años con independencia de si el vicio constructivo afectaba a la estabilidad del edificio o repercutía sólo en sus condiciones de habitabilidad. Con esta equiparación se llegaba al absurdo resultado de considerar que podrían deberse a un defecto originario de construcción y no a una causa sobrevenida aquellos daños que afectando negativamente a la habitabilidad se manifestasen por vez primera a los nueve años desde la finalización de las obras<sup>160</sup>. Evidentemente, la aplicación (aunque fuese no deseada) del plazo de garantía decenal a los vicios de habitabilidad o ruina funcional ignoraba completamente la naturaleza y las características propias de este tipo de vicios constructivos.

Por todas estas razones, cuando el art. 17.1 LOE excluye los defectos de habitabilidad del juego de la garantía decenal y les adjudica un plazo propio de tres años, procede correctamente, porque, en realidad, no está reduciendo dicho plazo en su extensión, sino que está adaptando su duración a las exigencias derivadas de la naturaleza de esta concreta clase de vicios constructivos, corrigiéndose así un efecto pernicioso y no deseado derivado de la interpretación extensiva del art. 1591 Cc.

Sin perjuicio de esta valoración positiva que en general nos merece el establecimiento de un plazo de garantía trienal para los vicios de habitabilidad, lo que ya no consideramos tan acertado es la fijación del *dies a quo* a partir del cual ha de comenzar el cómputo de su duración. Según dispone el párrafo primero del art. 17.1 LOE, los plazos de garantía (todos ellos y sin excepción) se contarán desde la fecha de la recepción de la obra sin reservas, o desde la subsanación de éstas. Ello puede resultar lógico en relación con el comitente de obra, pero en cambio puede generar ciertos perjuicios para los sucesivos adquirentes o propietarios, sobre todo respecto a los defectos de habitabilidad

<sup>159</sup> A título de ejemplo, puede consultarse, como más representativa, la STS. 20 noviembre 1959 (RJA 4452), y como más recientes las SSTS. 6 marzo 1999 (RJ 1367), 21 junio 1999 (RJ 4390), 18 diciembre 1999 (RJ 8233), 7 marzo 2000 (RJ 1509), 24 enero 2001 (RJ 999), 8 febrero 2001 (RJ 2047), 16 abril 2001 (RJ 5287), 22 junio 2001 (RJ 5074), 21 marzo 2002 (RJ 2853), 4 noviembre 2002 (RJ 9630), 27 febrero 2003 (RJ 2515) y 2 abril 2003 (RJ 3001). Para una relación más completa de la jurisprudencia en esta materia nos remitimos a la nota 117 del presente trabajo.

<sup>160</sup> Por ejemplo, se llegaría al absurdo de tener que presumir que son defectos constructivos originarios las filtraciones o humedades, causadas por una falta de limpieza de las canalizaciones y desagües, que apareciesen por vez primera a los nueve años de la finalización de las obras. Al presumirse el carácter originario del vicio y, como consecuencia de ello, al invertirse la carga de la prueba, serían los agentes de la edificación quienes en el proceso deberían acreditar que el daño producido tiene su origen en una causa sobrevenida derivada del incumplimiento, por parte de los propietarios, de su obligación de conservar en buen estado el edificio mediante un adecuado uso y mantenimiento del mismo. Para más ejemplos en este sentido, Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> L. “Los plazos de garantía y el juego de la prescripción”, cit. pp. 186 y 187.



y funcionalidad, los cuales, normalmente, no pueden ser apreciados hasta que se comience a habitar y utilizar el inmueble en cuestión. En consecuencia, el problema estaría en aquellos supuestos en los que hubiese transcurrido bastante tiempo entre el momento de la recepción de la obra y la ocupación del edificio construido por quienes lo adquieran del promotor-vendedor. Dado que el plazo de garantía habría comenzado ya a correr desde la recepción, sería muy probable que, en el momento de habitar el inmueble, dicho plazo ya se hubiese agotado o estuviese a punto de expirar, con lo que las posibilidades que tendrían los ulteriores adquirentes de exigir la responsabilidad derivada del incumplimiento de los requisitos de habitabilidad de acuerdo con el régimen de la LOE, o bien habría desaparecido, o bien habría quedado drásticamente reducida.

- c. El párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE concede un plazo de un año para poder reclamar responsabilidad por aquellos daños que traigan causa de vicios de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado. Son defectos constructivos menores que no exceden de las imperfecciones corrientes muy frecuentes en toda obra, las cuales no tardan en exteriorizarse e incluso la mayor parte de ellas pueden ser apreciadas en el instante mismo de la recepción. Empero, también hay que tener presente que no todas estas imperfecciones son evidentes<sup>161</sup> y que, debido a su propia naturaleza de vicios menores que afectan a elementos de terminación y acabado, a veces se reconducen a modo de meras cuestiones de detalle y pequeñas imprecisiones de escasísima entidad. Además, con demasiada frecuencia son múltiples los defectos de este tipo que puede padecer un edificio. Por estas y otras razones, es necesario que la Ley conceda tras la recepción un periodo de tiempo adicional para que sea posible reclamar responsabilidad por aquellos vicios de terminación y acabado que no hubiesen podido ser apreciados con anterioridad. Lo contrario significaría imponer a los propietarios un nivel de diligencia exagerado, pues, para exigir responsabilidad, éstos quedarían obligados a realizar una minuciosa verificación y comprobación de hasta el último detalle del inmueble. Se concede sólo un año y no más, porque, teniendo en cuenta su naturaleza de defectos menores, el párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE considera que este plazo de tiempo es objetiva y técnicamente suficiente para poder detectar la existencia de este tipo de vicios, por muy poco evidentes que sean.

*4.2.2. Los distintos tipos de vicios constructivos como parámetros en virtud de los cuales se determina y selecciona, de entre todos los posibles, el plazo de garantía que corresponde aplicar al daño que se presenta*

Además de actuar como criterios para la delimitación de la extensión temporal de cada uno de los diversos plazos de garantía, los distintos tipos de vicios constructivos legalmente clasificados también son concebidos funcionalmente por la Ley como

---

<sup>161</sup> Según SANTOS MORÓN (“Comentario al art. 17 LOE, cit. p. 337), ésta es el único motivo que justifica la existencia del plazo de garantía anual para los vicios de terminación y acabado.

parámetros que sirven para determinar, entre todos los plazos posibles, cuál de ellos es el que debe ser aplicado al daño que se presenta en el edificio. De nuevo, se observa que, no sólo la delimitación de su duración, sino también la selección y elección del plazo de garantía que resulte aplicable en cada caso, son cuestiones que no dependen del daño material *per se*, sino de la concreta clase de defecto constructivo que lo origina.

Ya sea en la garantía decenal del art. 17.1.a) LOE, o bien en la garantía trienal del párrafo primero del art. 17.b) LOE, la identificación del vicio que legalmente determina su aplicación se efectúa por relación a dos factores que se exigen cumulativamente: el elemento constructivo en el que se localiza o al que afecta el vicio, y la concreta utilidad predicable del edificio que resulta perjudicada por el defecto de construcción.

Efectivamente, para que proceda la aplicación del plazo de garantía decenal es necesario que el vicio tenga su origen o afecte a un elemento constructivo del edificio. Pero resulta igualmente imprescindible que dicha localización o afección se refiera, no a cualquiera, sino a un concreto y preciso elemento constructivo: los elementos estructurales, como por ejemplo, la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga, etc. La utilidad que necesariamente ha de menoscabar este específico defecto de construcción se identifica con la estabilidad, seguridad, solidez y resistencia mecánica de la edificación.

Para que se pueda aplicar el plazo de garantía trienal también es preciso que el defecto de construcción se localice en algún elemento constructivo del inmueble. En cambio, y a diferencia de lo que sucede con la garantía decenal, ahora resulta indiferente cuál sea el específico elemento constructivo en el que se origine el vicio o que se vea afectado por el mismo. Hasta tal punto esto es así que incluso cabe que el defecto de construcción se localice en las instalaciones. Así lo reconoce expresamente el propio párrafo primero del art. 17.1.b) LOE, al referirse a los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones. Luego, para averiguar si se aplica o no el plazo de garantía trienal es irrelevante que la anomalía tenga lugar o afecte a las instalaciones o a cualquier otro elemento constructivo de la edificación. Basta que el vicio se encuentre en alguna de las partes del edificio, ya sean éstas principales como elementos constructivos en sentido estricto, o ya sean cualesquiera otros accesorios incorporados por adscripción, tales como instalaciones, equipos o elementos de urbanización. La utilidad que imprescindiblemente ha de perjudicar este concreto tipo de vicios constructivos se identifica con la habitabilidad y la posibilidad de utilizar el edificio satisfactoriamente con arreglo al destino que le es propio.

Este esquema que se cumple perfectamente en los supuestos de las garantías decenal y trienal, no parece encontrar un fácil encaje respecto el plazo de garantía anual recogido en el párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE.

En primer lugar, este precepto ya no se ocupa de los “vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados...” o de los “vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones”, sino que únicamente

alude a “los vicios o defectos de ejecución”. Esta circunstancia distintiva indica que la identificación legal del defecto de construcción que determina la aplicación de la garantía anual ya no se efectúa por relación a un elemento constructivo, sino respecto al desarrollo y ejecución de la actividad de construcción. Ni siquiera es necesario que el vicio se refiera a un elemento constructivo del edificio. Basta con que el defecto tenga lugar en el ejercicio de la actividad de construcción. Sin perjuicio de ello, debe ser la actividad constructiva defectuosa la que necesariamente ha de referirse a un elemento o parte de la edificación, aunque resulta indiferente cuál sea el concreto elemento o parte de la misma afectada por el vicio de ejecución. En definitiva, no es el vicio el que ha de relacionarse con un elemento constructivo (cualquiera que sea), sino la actividad constructiva viciada de ejecución. Debemos aclarar que esta interpretación no se basa en que el párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE exija literalmente que el vicio de ejecución afecte a elementos de terminación y acabado. Como es obvio, en realidad no existen en los edificios elementos constructivos de terminación y acabado. Lo que quizás quiera decir la Ley es que para que proceda la aplicación de la garantía anual se requiere que el defecto de ejecución se localice en un aspecto concreto del desarrollo de la actividad constructiva, el cual sería el referente al remate, terminación y acabado de la misma, no sólo en el sentido de prestaciones inconclusas no finalizadas, sino también en el sentido de prestaciones concluidas y completas pero incorrectamente ejecutadas.

En segundo lugar, a diferencia de lo que acontece con las garantías decenal y trienal, el párrafo segundo del art. 17.1.b) LOE, ya no exige que el vicio constructivo suponga un perjuicio para alguna de las utilidades que puedan ser predicables del edificio. Este precepto no requiere que el defecto de construcción ponga en peligro la estabilidad de la edificación, ni que repercuta negativamente en sus condiciones de habitabilidad, sino solamente que afecte a la terminación y acabado de la labor constructiva. Por lo tanto, en orden a la aplicación del plazo de garantía anual, no sólo resulta indiferente cual sea la concreta utilidad del edificio que se haya visto menoscabada por el vicio de ejecución, sino que incluso ni siquiera se demanda legalmente que la referida anomalía lesione alguna de sus utilidades.

Los vicios de ejecución que afecten a la terminación y acabado de la actividad de construcción de cualquier elemento constructivo, no tienen por qué suponer, necesariamente y en todos los casos, menoscabo alguno para las utilidades predicables del edificio, salvo aquéllas que se refieran a aspectos de carácter puramente estético. Aunque es cierto que en toda edificación existen elementos que únicamente desempeñan una función estética, no creemos que los defectos constructivos que los afecten dejándolos impedidos para desplegar este cometido ornamental, puedan ser conceptuados como vicios que supongan un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del art. 3.1.c) LOE, en lo relativo a esos otros aspectos funcionales de los elementos constructivos a los que se refiere el número 4 de este mismo precepto<sup>162</sup>.

<sup>162</sup> El Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de junio 2001 (RJ 5074, Fto. 1º), y en orden a la aplicación del art. 1591 Cc, consideraba como defecto de habitabilidad la “chapucera” pavimentación consistente en la colocación de baldosas de diferente color y con tamaños de áridos y granos distintos.

Por una parte, porque el art. 3.1.c).4 LOE no alude a cualesquiera otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones, sino, de entre todos los posibles, únicamente a aquellos permitan un uso satisfactorio del edificio. Partiendo de esta idea, hay que reconocer que es bastante improbable que un defecto de construcción que afecte a un elemento constructivo cuya única función sea la estética, de adorno u ornato, pueda llegar a repercutir negativamente en el uso de la edificación impidiendo que éste se lleve a cabo de un modo satisfactorio con arreglo a su destino. Por otra parte, porque admitir que los defectos constructivos que afecten a elementos estéticos tienen cabida dentro de esos aspectos funcionales a los que se refiere el art. 3.1.c).4 LOE como requisitos básicos de la edificación relativos a la habitabilidad, sería tanto como entender que en estas hipótesis procedería la aplicación de la garantía trienal (por remisión del art. 17.1.b párrafo primero LOE), lo que de ninguna manera podría ser aceptado, puesto que resultaría totalmente discordante con la naturaleza del vicio que origina el daño; especialmente cuando ya hemos insistido en que la Ley acota la duración de cada uno de los diversos plazos de garantía teniendo, ante todo, en cuenta la peculiar naturaleza y características del defecto constructivo de que se trate<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> Más ampliamente sobre la cuestión del plazo de garantía aplicable a los vicios que afectan a elementos constructivos que únicamente desempeñan una función estética, Vid. CORDERO LOBATO, E. “Comentario al art. 17 LOE”, cit. pp. 310 y 311. Por alusión a esta autora, Vid. CASTRO BOBILLO, J. C. “Del art. 1591 Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación”, cit. p. 427.

---

**La responsabilidad profesional  
en la jurisprudencia reciente del  
Tribunal Supremo  
(médicos, abogados,  
procuradores y notarios)**

---

*Carmen Veiras Suárez*  
*Rafael Villafáñez Gallego*  
Jueces



## **1. Responsabilidad civil médica**

### ***1.1. Introducción***

El presente trabajo versa sobre la última jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo recaída acerca de la responsabilidad de los profesionales médicos. Dada la amplitud de la materia, se ha optado por prescindir de cuestiones tales como la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad civil médica, el definitivo reconocimiento de la reserva al Derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa de los daños causados en la prestación de servicios sanitarios por los servicios sanitarios públicos o la responsabilidad indirecta del art. 1903 Cc. Las materias objeto de análisis son, por tanto, el título de imputación de responsabilidad, el deber de información como infracción específica de la *lex artis* y, por último, algunas cuestiones de naturaleza estrictamente procesal.

### ***1.2. El título de imputación de la responsabilidad médica en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo***

#### ***1.2.1. La culpa y la infracción de la lex artis ad hoc***

Un aspecto esencial, al abordar la responsabilidad médica y su tratamiento jurisprudencial, es la determinación del título de imputación de la misma. Esta cuestión sirve para dar respuesta al fundamento de la exigencia de responsabilidad a los médicos cuando actúan en su ejercicio profesional. En efecto, está asociado a los principios generales de la responsabilidad civil determinar el criterio en virtud del cual, una vez acreditados un acto u omisión médicos, un daño y una relación de causalidad, va a convenirse que el daño debe ser resarcido por el médico. La opción legislativa a favor de un título u otro de imputación tiene indudables repercusiones sobre la concepción práctica del acto médico. Esta cuestión incide de forma directa y decisiva en el modo en que los médicos ejercen su profesión. La medicina y el ámbito de responsabilidad de los profesionales médicos se estructuran en torno a normas de actuación distintas si los daños de los que van a responder aquéllos son exclusivamente los que se puedan imputar a una conducta negligente por su parte o, por el contrario, se les van a atribuir todos los que se produzcan en su esfera de actuación profesional y no existan otros eventuales hechos causantes independientes de la referida actuación profesional.

Tradicionalmente la responsabilidad civil ha tenido en nuestro ordenamiento un fundamento subjetivista. El art. 1902 del Código Civil, que establece la regla cardinal en el ámbito extracontractual y delimita sus elementos configuradores de naturaleza estructural, consagra expresamente la culpa o negligencia como criterio de imputación. Del mismo modo, en el ámbito de la responsabilidad contractual, el art. 1101 Código Civil igualmente alude a la negligencia como criterio de exigencia de responsabilidad al contratante incumplidor de sus obligaciones. En definitiva, el criterio legal marca de modo patente la culpa como criterio de atribución de responsabilidad. No obstante, esa regla legal ha sufrido a lo largo del siglo XX una evolución determinada por dos líneas de transformación: la consagración de la

responsabilidad civil objetiva en determinadas materias a través de leyes especiales y la *cuasi* objetivación de la regla del art. 1902 Código Civil por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de moderar la exigencia de prueba de los elementos de dicho precepto, produciendo en ocasiones inversiones de la carga probatoria.

La responsabilidad médica en el ámbito civil no ha permanecido ajena a estas transformaciones. Así, en el plano de la legislación civil, la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 vino a consagrar una responsabilidad objetiva en el art. 28 que incluye a los servicios sanitarios. En torno a este precepto se ha suscitado una polémica, tanto doctrinal como jurisprudencial, en relación con la generalización de la responsabilidad objetiva a cualquiera acto médico. En el plano de la jurisprudencia, las principales modificaciones han consistido en la matización del papel de la culpa como criterio exclusivo de atribución de responsabilidad. Otro factor importante en la jurisprudencia de los últimos años ha sido el papel central que ha asumido la información y el consentimiento previos respecto de cualquier actuación médica. La regulación de esta materia en la Ley General de Sanidad 25/86 ha sido derogada por la Ley 41/2002 que ha regulado la información, el consentimiento y las obligaciones profesionales de los médicos de forma detallada, respondiendo a las exigencias de los Tratados internacionales en la materia. A este respecto debemos citar el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual ha entrado en vigor en España el 1 de enero de 2000.

En cuanto al título de imputación, como señalamos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo vino exigiendo un comportamiento (acción u omisión) culposo del médico para condenarle a resarcir los daños y perjuicios irrogados. En la última jurisprudencia se mantiene la culpa como fundamental y prevalente título de imputación. La controversia se ha desplazado, en cierto modo, a la determinación de las condiciones en las cuales puede revelarse la existencia de un comportamiento médico negligente.

En relación con la conducta médica culposa, el casuismo jurisprudencial es ciertamente paradigmático. Los pronunciamientos se hacen depender de las circunstancias del caso y de la *lex artis ad hoc* (como regla particular de comportamiento exigible al médico en tales circunstancias concretas). Resulta imposible establecer un catálogo de prescripciones a que puedan sujetarse los médicos porque es imposible determinar a priori la totalidad de los casos posibles y previsibles. Como proyecto, resulta inviable pretender reglamentar jurídicamente la *lex artis ad hoc* puesto que se trata de términos antitéticos. La norma jurídica aspira a lo general y tiene vocación de futuro. La *lex artis ad hoc* depende de unas variables particularizadas y únicamente puede establecerse a posteriori, para enjuiciar un caso de la realidad que ya ha ocurrido. Serán los mismos profesionales quienes deberán manifestar en el proceso, actuando en calidad de peritos, cuál es la regla de comportamiento que era exigible. Y todo ello sin perder de vista que la *lex artis* en materia médica no es



estática, sino que evoluciona al mismo tiempo que los propios avances científicos. Una técnica que hoy se considera adecuada puede quedarse obsoleta en breve tiempo. No obstante, los criterios jurisprudenciales definitivos de la *lex artis ad hoc* sí que pueden ser estudiados. De este modo, las pautas de valoración de la *lex artis ad hoc* pueden ser extraídas a partir del análisis de las sentencias recaídas sobre este particular. A esta cuestión, vamos a dedicar los siguientes epígrafes.

#### 1.2.1.1. Errores de diagnóstico

Un primer grupo de casos en los que habitualmente se plantea la exigencia de responsabilidad médica es el que podemos denominar de diagnósticos erróneos. Este error en el diagnóstico puede deberse a que no se detecte la dolencia padecida (que podríamos calificar como casos de omisión de diagnóstico) o que se aprecie una patología distinta de la verdaderamente padecida (o diagnósticos equivocados).

En este grupo podemos incluir el caso contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2001 (sentencia nº 68/2001, ponente Francisco Marín Castán). En su Fundamento de Derecho Sexto se concreta la *ratio decidendi* de la absolución de la médico demandada por entender que su actuación profesional fue adecuada a la *lex artis* en atención a la inexigibilidad de la conducta profesional pretendida por la parte demandante. La singularidad del caso venía propiciada porque la pediatra estaba desempeñando funciones de sustitución. Sin embargo, la Sala Primera no consideró que tal circunstancia afectara a la calidad del servicio médico prestado y vino a declarar que:

«Esta demandada desempeñaba una sustitución de la pediatra titular autorizada por los responsables del área, tenía experiencia de sustituciones anteriores, gozaba de la total confianza de la pediatra titular y, sobre todo, hizo el diagnóstico y prescribió el tratamiento adecuado a los síntomas del paciente, síntomas que toda la prueba practicada identifica como los propios del resfriado común. (...) Piénsese, en definitiva, que la conducta alternativamente exigible en este caso a la facultativa que atendió al niño no habría sido otra que la prescripción de una radiografía de tórax, y sin embargo está probado, e incluso es un hecho notorio, que las radiografías están contraindicadas como medio de diagnóstico general para los lactantes que únicamente presenten síntomas de resfriado común».

Un fundamento idéntico lo encontramos en la STS de 25 de junio de 2003 (sentencia nº 616/2003, ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez). El Tribunal Supremo mantuvo, en el Fundamento de Derecho Segundo, de la precitada resolución, que no podía exigirse al médico demandado responsabilidad alguna pues diagnosticó correctamente la dolencia del paciente según los síntomas que éste presentaba en el momento en que acaecieron los hechos.

«La corrección del acto médico está fuera de duda, el demandado se informó de la situación de la enferma por lo manifestado por ella y sus familiares y comprobó que tenía un dolor epigástrico; no en el pecho, como han querido afirmar los recurrentes, tras su asesoramiento letrado, como recoge la sentencia del Juzgado en su fundamento jurídico cuarto. Y, no sólo le tomó el pulso y la auscultó, sino que examinó sus vómitos y le prescribió un tratamiento y dejándola mejorada y aconsejando visitara a su especialista al día siguiente.

Ha cumplido el médico cuanto le prescribía la *lex artis ad hoc*. No existía entonces dolor alguno de pecho, ni otra sintomatología que revelase el “supuesto infarto de miocardio”, al punto de mejorar tan notoriamente que recuperó toda su lucidez y durmió plácidamente. Si luego se presentó un infarto, lo que no está acreditado, es algo sobrevenido tras la mejora de la enferma de su real padecimiento».

En cambio, la STS de 27 de mayo de 2003 (sentencia nº 504/2003, ponente Alfonso Villagómez Rodil), en el Fundamento de Derecho Único del recurso formulado por D<sup>a</sup> Constanza, apreció la responsabilidad civil de la médico demandada por entender que infringió las normas de la *lex artis ad hoc*. Esta infracción vino determinada por un diagnóstico de cólico nefrítico erróneo. Tal error fue debido a la omisión de una prueba de ecografía para diagnosticar el aneurisma de aorta abdominal del paciente que ingresó en Urgencias. Y ello pese a que tal padecimiento venía constatado en el parte de ingreso. En suma, en tal sentencia se fundamentó la exigencia de responsabilidad en el hecho de que los medios disponibles de diagnóstico no fueron agotados.

«No cabe disculpar para exonerar de la concurrencia de culpa civil que no se hubiera hecho uso de una prueba, que no resultaba decisiva, como aquí ocurre con la analítica practicada en forma tardía, ya que no permitió la distinción precisa entre los cuadros clínicos que presenta el cólico nefrítico, que fue el erróneamente diagnosticado y el aneurisma de aorta abdominal, pues lo que sí resultaba definitiva era la prueba exploratoria de ecografía, que la recurrente voluntariamente desechó y decidió no practicar, no obstante el diagnóstico precedente de padecer aneurisma, y haciendo caso omiso a la indicación del médico de cabecera en el parte de ingreso hospitalario, por ser un dato no rechazable de manera terminante como sucedió, pues en el mismo de forma bien expresiva e indicativa y hasta determinante se hizo constar literalmente: “Paciente con dolor a nivel de fosa renal derecha irradiado a vientre —tiene aneurisma de aorta abdominal— Ruego estudio”. Evidentemente se desatendió el ruego y es la omisión de la prueba de ecografía, que desde el principio se presentaba como necesaria realizar, la que determina la grave omisión en el cuidado del enfermo que tenía a su cargo la recurrente, pues al no realizarla se le privó de la intervención quirúrgica que debió de seguir a la misma y si el Hospital de Ronda carecía de los medios necesarios para practicar esta operación, lo que se imponía era la remisión inmediata a otro centro dotado para poder llevarla a cabo».

La regla del agotamiento de los medios de diagnóstico se contiene también en la STS de 23 de septiembre de 2004 (sentencia nº 896/2004, ponente Pedro González Poveda) en el Fundamento Jurídico Segundo:

«Atribuido al médico demandado un error de diagnóstico, éste viene constituido por el conjunto de actos médicos que tienen por finalidad constatar la naturaleza y transcendencia de la enfermedad que sufre el enfermo; de ahí que se considere ésta la primera actuación del médico siendo también lo más importante pues el tratamiento ulterior dependerá del diagnóstico previo. Para la exigencia de responsabilidad por un diagnóstico erróneo o equivocado, ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitir el diagnóstico; realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones

o exámenes exigidos o exigibles. En el presente caso, cabe calificar la conducta profesional del ginecólogo demandado como negligente, al no haber realizado todas las pruebas médicamente recomendadas para llegar a un diagnóstico correcto del padecimiento que presentaba su paciente (...) Por tanto, en el caso, una conducta adecuada a la *lex artis ad hoc* exigía la realización de todas las pruebas necesarias para emitir un diagnóstico que hubiese descartado sin duda la existencia de un carcinoma o, detectado éste, lo hubiera sido en un estadio precoz que hubiera permitido un tratamiento que llevase a la curación de la enferma o a un periodo mayor de supervivencia. En conclusión ha de calificarse la conducta del demandado de negligente y determinante de que no se dispensase a la enferma un tratamiento de su dolencia en un estadio más precoz de su evolución de aquél en que lo fue».

La regla del agotamiento de los medios, sin embargo, sí fue apreciada por la Sala Primera en la STS de 25 de octubre de 2002 (sentencia nº 1004/2002, ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez). En el Fundamento de Derecho Cuarto sostuvo el Alto Tribunal la exclusión de la responsabilidad dado que los medios de diagnóstico y de tratamiento se habían agotado a la vista de los síntomas que manifestaba el paciente. La conclusión viene pues a ser idéntica a la de la STS de 25 de junio de 2003 anteriormente aludida: deben agotarse los medios adecuados en atención a los síntomas que el paciente muestra. Sólo de este modo pueden cumplir los profesionales con los dictados de la *lex artis*. Si la obligación del médico es principalmente de medios, como la Sala Primera manifiesta reiteradamente, resulta imperativo no sólo su empleo sino también su agotamiento. La sentencia de 25 de octubre de 2002 expresó esta conclusión del siguiente modo:

«Tal doctrina excluye la responsabilidad en los demandados. No sólo porque a la vista del folio 372 de los autos del Juzgado consta que en este caso se aplicaron las medidas oportunas de diagnóstico y tratamiento y así lo explicita el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Juzgado, aceptado en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia de la Audiencia, hay que concluir que no existió error del diagnóstico, atendiendo al proceso evolutivo de la dolencia y a las peculiares condiciones del enfermo y ello se patentiza en que en el Hospital “Nuestra Señora de Sonsoles” se le hicieron toda clase de pruebas que orientaron entonces el diagnóstico hacia una osteomielitis mandibular y entonces se remitió al paciente al Hospital Virgen de la Vega de Salamanca, donde se le practicaron dos intervenciones quirúrgicas, bajo anestesia general. Cuando el diagnóstico y el tratamiento resultan correctos en función de los síntomas presentados por el enfermo en tal momento, descartan la alegada infracción del art. 1902 del Código Civil —sentencia de 18 de enero de 2001—. El motivo y recurso parecen por las razones expuestas».

La regla del agotamiento de los medios, como hemos señalado, ha de ponerse en relación con las circunstancias constatables o visibles en el momento en que se debe efectuar su aplicación. En este sentido se manifestó la STS de 19 de julio de 2004 (sentencia nº 834/2004, ponente Pedro González Poveda) en el Fundamento Jurídico Tercero:

«Dice la juzgadora de primera instancia que “no podemos estimar que el término “adecuado” del informe pericial sea equivalente a “prudente” ya que si vista la evolución de la Sra. Escarda se hubiera acordado su monitorización la misma tarde del día 30, se hubieran apreciado las alteraciones del ritmo cardíaco del feto desde el inicio o al menos mucho antes

que el día siguiente”. La valoración que la juzgadora de instancia hace del informe pericial se funda en una distinción semántica entre lo que era “adecuado” y lo que era “prudente” hacer ante el estado de la gestante, disquisición que no puede aceptarse ya que al ordenar el ginecólogo la realización de una monitorización fetal para el siguiente día 31, si la paciente no comenzaba su parto en horas posteriores a la exploración, realizada en la tarde del día 30, no infringió ninguna norma de conducta profesional ya que nada indicaba en el estado de la paciente la necesidad de proceder a esa monitorización fetal el mismo día 30 por la tarde. No puede aceptarse, en consecuencia, la valoración que de la prueba pericial realiza la sentencia de primera instancia aceptada por la que es objeto de este recurso de casación, lo que lleva a la estimación del motivo primero de este recurso y, por ende, del segundo al no apreciarse una conducta negligente en el ginecólogo demandado, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial recogida en el anterior fundamento de esta resolución. La estimación de los dos primeros motivos del recurso».

En la STS de 29 de septiembre de 2000 (sentencia nº 878/2000, ponente Alfonso Villagómez Rodil), en su Fundamento de Derecho Tercero, se afirmó la corrección del acto médico de diagnóstico. Se imputaba al médico demandado un diagnóstico erróneo pero el mismo fue desestimado por la Sala de lo Civil al entender que el médico empleó la diligencia exigible.

«La impugnación carece de elemental contenido razonador y se limita a sostener que el médico demandado no emitió diagnóstico acertado y conforme al conocimiento de los medios a emplear, por confundir la enfermedad cancerígena que afectaba a la paciente con una simple hemorragia, lo que careció de la correspondiente corroboración probatoria que era carga de la parte, pues los hechos probados, al no haber sido combatidos en forma, se imponen, han de ser respetados en casación, y ponen de manifiesto que el facultativo observó una conducta profesional correcta, al haber diagnosticado y aconsejado a la enferma según lo que la misma le manifestó en cuanto antecedentes e incluso resultó actuación profesional previsor al prescribirle la realización de una mamografía y citología por punción, practicada en el Hospital Gregorio Marañón que informó aconsejando una reevaluación del proceso después del tratamiento que se estimase conveniente, en un plazo no superior de dos a tres meses, por no descartarse correlación con patología neoforativa enmascarada en el área.

El doctor M. demandado, conforme a lo probado, atendió a la interesada debidamente en el corto espacio de tiempo que aquélla acudió a su consulta, la que simultaneó con la del doctor que posteriormente la intervino de un proceso tumoral maligno en la mama izquierda y que también la venía asistiendo con anterioridad».

En el Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 27 de septiembre de 2001 (sentencia nº 865/2001, ponente Jesús Corbal Fernández) igualmente se acreditó que los médicos actuantes observaron las normas de la *lex artis* y si no apreciaron la rotura del tendón de aquiles ni ordenaron el tratamiento adecuado a la indicada dolencia fue simplemente porque tal rotura no existía cuando el paciente fue atendido por los médicos demandados.

«La Sentencia recurrida claramente establece la base fáctica y adecuada diagnosis jurídica que permite apreciar que la atención médica dispensada en el Servicio de Urgencias del Hospital de Galdácano fue totalmente correcta. La exploración médica necesaria para establecer un diagnóstico de rotura de talón de aquiles (al menos de la total) no exige radiografías, placas u otro tipo de pruebas o contrastes objetivos, pues es perfectamente

apreciable por el “signo de hachazo” mediante la prueba de la “maniobra de Thompson”. No hay soporte alguno que permita sostener que el 8 de abril de 1990 existía ya una rotura total de tendón de aquiles, por lo que el diagnóstico efectuado (“el tendón funciona”) y el tratamiento seguido respecto de la lesión de rotura de fibras diagnosticada; que consistió en inmovilización mediante escayola, fueron totalmente correctos, tal y como se deduce de la prueba pericial acertadamente valorada por la resolución recurrida, que no resulta desvirtuada por otros medios de prueba, y menos por unos informes acompañados a la demanda carentes de base objetiva (...). Tampoco se aprecia ninguna deficiencia en la prestación sanitaria efectuada el 26 de abril en el Ambulatorio. La valoración probatoria de la resolución recurrida no permite sentar que el Médico actuante (el doctor N.) observara la existencia de rotura del tendón de aquiles una vez retirada la escayola, o signo alguno (el orificio a que hace referencia el recurso carece de soporte probatorio) que pudiera suponerla, como igualmente no tiene sustento la alegación de que se hubiera producido la rotura antedicha al efectuarse por indicación del Doctor, una vez quitado el yeso, una desafortunada maniobra de apoyo del pie en el suelo. Por consiguiente, la falta de prueba de haberse detectado en tal ocasión la existencia de la rotura del tendón de aquiles excluye la imputación de haberse dilatado el tratamiento adecuado. Ninguno de los motivos que pretenden modificar la conclusión fáctica de la instancia mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba tienen consistencia».

La aplicación del criterio de agotamiento de medios para la exigencia de responsabilidad se manifestó, de nuevo, en el caso contemplado por la STS de 6 de febrero de 2001 (sentencia nº 78/2001, ponente Antonio Romero Lorenzo) en su Fundamento de Derecho Décimo. La condena se basó en la falta de detección de un infarto de miocardio por no haberse empleado los medios de diagnóstico indicados a la sintomatología del paciente.

«En el caso que nos ocupa, esta obligación de medios no ha sido debidamente observada, al haberse omitido algunos de sencilla realización y presentarse como dudosa la práctica de otros o, al menos, su correcta valoración.

Resultado de todo este acontecer, que en modo alguno puede calificarse de diligente y adecuado a la función que un Servicio de Salud debe desarrollar, ha sido que por dos veces consecutivas hubiese sido remitido a su domicilio, con la prescripción de simples analgésicos, un paciente cuya sintomatología, analizada con mayor detenimiento o con mejor preparación, mostraba que podía corresponder a un infarto agudo de miocardio, como así se evidenció al cabo de 3 horas al producirse el tercer ingreso en situación de parada cardiorespiratoria y estado de coma profundo, produciéndose su fallecimiento unos veinte días más tarde».

Un caso de omisión de diagnóstico y no de diagnóstico equivocado es el contemplado por la Sala Primera en la STS de 20 noviembre 2000 (sentencia nº 1071/2000, ponente Francisco Marín Castán) en su Fundamento de Derecho Quinto. La *ratio decidendi* del caso se centró en la falta de diagnóstico en el momento en que podía haberse detectado la dolencia y en la repercusión que esta omisión tuvo sobre el estado del paciente.

«También estos dos motivos tienen que ser desestimados, porque si ya de por sí ambos recurrentes están admitiendo implícitamente que la discitis no se diagnosticó y la propia fecha del alta postquirúrgica demuestra que ésta fue de todo punto prematura dados los

fueres dolores de que se quejaba la demandante, los hechos que como probados declara la sentencia impugnada son terminantes al señalar que “fueron otros médicos dos meses después de la intervención quirúrgica los que diagnosticaron tal enfermedad infecciosa, que ya, desde entonces, comenzó a ser tratada adecuadamente”, declaración que, por ende, no se discute en los recursos más que en orden al tratamiento».

Por último, dentro de este grupo de casos de diagnóstico como determinantes de responsabilidad civil de los médicos, concluimos con un caso que pone de manifiesto que no es suficiente con el empleo de los medios, sino que es exigible el agotamiento de los mismos. Es el caso que contempló la STS de 30 septiembre 2000 (sentencia nº 896/2000, ponente Alfonso Villagómez Rodil) en el Fundamento de Derecho Tercero.

«Lo que se deja dicho viene determinado por el hecho suficientemente demostrado de que el demandado en el largo periodo de tiempo que trató a la actora, la actividad profesional que desplegó viene a ser indicativa de que no es que no pudiera curar a la enferma, ya que la obligación médica es de medios y no de resultados, sino que no supo atajar sus dolencias, es decir no supo curarla, no obstante ser médico especialista en oídos, fracasando tanto en el tratamiento como en las cuatro intervenciones quirúrgicas a la que la sometió, ya que el empeoramiento progresivo que la afectó resultó evidente y demostrado. No vino a emplear adecuadamente y con la necesaria dedicación y atención los medios que la ciencia le facilitaba y, al contrario, obró con intensa imprudencia, acreditativa de infracción de la *lex artis ad hoc*, ya que practicó un solo análisis de tuberculosis ótica en tiempo tardío, pues hubo de transcurrir un año y ocho meses para que decidiera efectuar dicha analítica y se aferró a la misma con el consecuente riesgo de empeorar la salud de la paciente, como así sucedió, e incluso su vida, sin que hubiera probado la corrección del análisis y práctica de un segundo confirmatorio y asegurar este descarte de pruebas, pues vino a hacer definitiva y blindada la única realizada».

En conclusión, los casos de diagnóstico que llegan en casación al Supremo se resuelven en el sentido de declarar la responsabilidad cuando se ha diagnosticado erróneamente por no haberse agotado todos los medios disponibles (ej. STS de 27 de mayo de 2003) o cuando no se ha diagnosticado la dolencia padecida realmente por no prestar la debida atención a los síntomas relevantes que el paciente manifiesta en ese momento (ej. STS 6 de febrero de 2001). A la inversa, las sentencias que estiman ausencia de responsabilidad se fundan en el agotamiento de los medios de diagnósticos disponibles (ej. STS de 25 de junio de 2003) o en la inexistencia en el momento del diagnóstico de los síntomas denunciados en el recurso (STS de 27 de septiembre de 2001).

#### 1.2.1.2. Errores en el tratamiento

El segundo grupo de casos en que se aprecia la incidencia de la responsabilidad médica es el del tratamiento en sí mismo considerado. En este campo, es destacable la heterogeneidad de actuaciones médicas englobadas. Aquí vamos a referirnos a tres subgrupos de casos según han sido resueltos por la Sala Primera en los últimos años: la prescripción de medicamentos, las complicaciones durante operaciones quirúrgicas y las omisiones asistenciales.

a. *Prescripción de medicamentos.* Podemos iniciar el estudio de los casos contemplados por el Tribunal Supremo en cuanto al tratamiento médico con la STS de 4 abril 2001 (sentencia nº 326/2001, ponente José Manuel Martínez-Pereda). La demanda se dirigía contra el médico que había prescrito el medicamento y contra los ATS que habían inyectado el mismo. Pues bien, el Supremo declaró la actuación culpable del médico que prescribió un medicamento a un menor de tres años que estaba contraindicado para menores de dos años y medio. Y, por el contrario, absolvió a los ATS por entender que su actuación profesional fue correcta y no fue la causante de las lesiones sufridas por el menor. Así, en el Fundamento de Derecho Cuarto, la Sala Primera vino a declarar:

«No es suficiente, como parece pretender el motivo, con que un medicamento esté aprobado por la Dirección General de Farmacia. Se trata de una paciente que no llegaba a los tres años de edad, a la que prescribir un tratamiento de Combitorax, de ampicilina con balsámico de cuatro inyectables, que repite, medicamento que en su prospecto, a más de las contraindicaciones hace advertencia de que no debe inyectarse en niños menores de dos años y medio, tratándose de una menor que no había alcanzado los tres años.

La conducta del médico debe reputarse de poco diligente al mandar ocho inyecciones a una menor de tres años, cuando una sola estaba contraindicada por el prospecto —y por la ficha técnica— a un menor de dos años y medio y no sólo se prescriben cuatro inyecciones en días sucesivos, sino que repite la dosificación.

Por el contrario, el motivo debe ser acogido respecto a los recurrentes ATS, pues no consta que las lesiones causadas a la niña lo fueran por haberse inyectado de forma incorrecta, antes al contrario, de toda la prueba practicada parece deducirse que se colocaron las inyecciones en “el punto de Barthelemy”, o sea, en el correcto, en el de las inyecciones intramusculares e incluso en el Informe del Hospital General de Alicante se señala que la lesión parece ser tóxica y otro tanto repite el Médico forense en el juicio de faltas. No consta que exista por parte de tales ATS actuación negligente alguna».

Un caso en que la Sala primera vino a confirmar la corrección del tratamiento fue el de la STS de 23 de marzo de 2001 (sentencia nº 272/2001, ponente Pedro González Poveda). En el Fundamento de Derecho Primero se admitió que la prescripción de corticoides a la embarazada estaba indicada por los dictados de la *lex artis* y, por tanto, se excluyó la existencia de un comportamiento culpable del facultativo demandado.

«En el caso enjuiciado no ha resultado probada una actuación médica que pueda calificarse de negligente imputable al ginecólogo demandado. Como pone de manifiesto la prueba pericial practicada en autos, tanto en los embarazos generales como en las diabetes gestacionales (supuestos que concurrían en la actora) aumenta considerablemente el riesgo de que ocurra un parto pretérmino; en tales casos, ante la probabilidad de que el parto se adelantara, está recomendada y protocolizada la administración de corticoides (colestone-cronodose) con el fin de acelerar la madurez fetal, requisito imprescindible para la viabilidad de un feto prematuro. Asimismo consta acreditado que en el momento de conocer el ginecólogo demandado que la actora presentaba una diabetes gestacional, la remitió al especialista en endocrinología para completar su tratamiento con insulina. Es decir, la prueba practicada pone de manifiesto que el demandado señor P. V. actuó de acuerdo con

las reglas de la ciencia médica aplicables al caso y atendidas las condiciones de su paciente, por lo que no puede imputársele conducta negligente alguna generadora de responsabilidad. En consecuencia, procede la desestimación del motivo único del recurso».

*b. Complicaciones quirúrgicas.* En cuanto a las complicaciones que surgen durante el transcurso de una operación quirúrgica, la STS de 30 julio 2003 (sentencia nº 806/2003, ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) en el Fundamento de Derecho Primero absolvió al médico demandado por entender que la aplicación de la técnica era la indicada para el paciente y que se aplicó con corrección. Pese a la aparición de la complicación previsible, se mantuvo el pronunciamiento absolutorio toda vez que se declaró probada la rapidez y diligencia de los médicos en la atención de tal incidencia.

«Pues bien, de la valoración hermenéutica efectuada en la sentencia recurrida —basada esencialmente en los informes periciales obrantes en autos— se infiere que la lesión vascular sufrida por la parte recurrente es una complicación posible en la técnica laparoscópica, aunque no sea muy frecuente y que dicho sistema quirúrgico estaba indicado para atender la situación médica en cuestión y que surgida la complicación vascular se reaccionó de forma inmediata.

Todo ello, lleva ineludiblemente a la conclusión de que no hubo una deficiente actuación médica profesional, y por ende la existencia de una actuación u omisión culposa en el actuar profesional del medio demandado, y con ello la ausencia de un requisito esencial para construir la técnica de la responsabilidad extracontractual amparada en el artículo 1902 del Código Civil.

En conclusión, que ha habido una actuación acorde con la *lex artis ad hoc* en el facultativo en cuestión, sin que pueda establecerse un nexo causal entre su actuación y los avatares desgraciados de la intervención quirúrgica, y por ende en las consecuencias-secuelas de la misma. Como así se establece en la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2003».

En el mismo sentido, la STS de 10 abril 2003 (sentencia nº 379/2003, ponente José de Asís Garrote) en el Fundamento de Derecho Tercero consideró que la complicación que surge durante la práctica de una operación de cirugía no es, por sí misma, constitutiva de culpa médica. La culpa, por el contrario, surge cuando la técnica no es la indicada para la dolencia padecida o porque no se reacciona adecuadamente para enmendar la complicación.

«Por otra parte sostiene, que la lesión de colon ha sido consecuencia de la aplicación defectuosa del láser, circunstancia ésta que se admite en la sentencia de primer grado, pero no en la apelada que es la que se impugna, que aun conociendo que la peritonitis es consecuencia de la intervención efectuada el 17 de noviembre de 1993, mantiene que la misma se llevó a efecto con arreglo a las reglas médicas y con el consentimiento informado de la enferma, por ser el método empleado el menos agresivo, el que menos hospitalización exigía y el que menos tiempo de rehabilitación necesitaba, y el más adecuado a su patología, por lo que no se puede apreciar vulnerados los preceptos invocados por la parte recurrente, aunque a consecuencia de la intervención hubiera surgido el daño colateral consistente en la perforación del colon, que aunque previsible en esta clase de tratamientos, no pudo ser evitado por los doctores que habían conformado toda su actuación profesional con arreglo a la *lex artis ad hoc*, en cuanto que el ejercicio de la medicina implica una obligación de medios (poner los más adecuados para la sanidad del enfermo), pero no de resultados



(sentencias 3 de marzo SIC y 12 de junio de 2001, y 4 de febrero y 10 de julio de 2002). Y que además en la consulta prevista para el día 22 de noviembre de 1993 (la intervención tuvo lugar el día 17), a la que asistió acompañada de su esposo, ante las molestias y trastornos que experimentaba el doctor le propuso el ingreso en la Clínica para su reconocimiento, no aceptándolo la paciente, decidiendo su ingreso en un hospital público donde se le pronosticó la peritonitis de la que fue tratada quirúrgicamente y después de diversas intervenciones habiéndose dado la sanidad el 6 de agosto de 1994».

El Supremo también llegó a la misma conclusión en la sentencia de 8 de septiembre de 2003 (sentencia nº 828/2003, ponente José Almagro Nosete) en el Fundamento de Derecho Primero. Es decir, la complicación no conlleva necesariamente la condena del médico demandado si aquella era previsible o habitual en ese tipo de intervenciones y el profesional ha practicado la intervención conforme a la *lex artis*.

«La Sentencia recurrida establece, como resultado “patente” de la prueba practicada, “a la luz de los diversos informes médicos obrantes en las actuaciones, la relación causa-efecto que media entre la intervención quirúrgica practicada a la actora y la parálisis del nervio recurrente derecho que motivó la disfonía y debilidad vocal que sufrió aquella”. No obstante, concluye, examinando el material probatorio existente, que la conducta del médico durante la intervención se ajustó plenamente a la *lex artis*, no desprendiéndose error médico o actuación incorrecta del cirujano. Los peritos informantes —añade— coinciden en señalar que la lesión producida por la actora es una de las complicaciones habituales que pueden surgir en los pacientes sometidos a cirugía de la glándula tiroides derivada de riesgo normal en este tipo de operaciones, y producida, en la mayoría de los casos, por diversos factores, tales como la mayor vulnerabilidad del nervio recurrente por aumento de tamaño de la glándula tiroides, clase de lesión tiroidea, etc., debiéndose, pese al riesgo descrito, proceder a la intervención quirúrgica, pues la evolución normal de la enfermedad que padecía la actora la hubiese llevado a una situación similar o incluso peor: disfonía completa. Desde la perspectiva, por tanto, de los hechos probados, que imponen obligado respeto a este Tribunal de Casación, no es posible aceptar que las alegadas infracciones tengan viabilidad apoyándose en relatos fácticos que hacen tabla rasa de los mismos y argumentando con afirmaciones y razones meramente voluntaristas».

Por el contrario, un supuesto en el cual no se reaccionó adecuadamente tras surgir la complicación durante el curso de la intervención quirúrgica fue el examinado en la STS de 11 abril de 2002 (sentencia nº 313/2002, ponente Francisco Marín Castán). La incorrección de la reacción vino determinada porque no se aplicó la técnica indicada para la complicación y ésta no fue objeto de debido seguimiento. En el Fundamento de Derecho Tercero se desechó un reexamen de las conclusiones alcanzadas por la Audiencia por entender que no se había apreciado incorrectamente la existencia de culpa en la actuación médica.

«En suma, esta Sala no puede, como órgano de casación, valorar de nuevo la totalidad de la prueba practicada como en el motivo se pretende y, a tenor de los hechos probados, no se ha infringido el art. 1902 Cc, porque el demandado-recurrente no cumplió con diligencia su obligación de medios en cuanto no aplicó la técnica adecuada a la complicación surgida durante la intervención y no prescribió tras ésta las medidas de control adecuadas, sin que la corta esperanza de vida del paciente justificase tal comportamiento ya que, si se decide

practicar una intervención quirúrgica arriesgada a un paciente de salud quebrantada, por mucho que lo esté, su corta esperanza de vida no exime al cirujano ni al centro hospitalario de practicar la intervención con la atención máxima ni de prestar al paciente tras la intervención toda la atención debida».

Podemos subsumir estos casos de complicaciones surgidas durante operaciones quirúrgicas en la siguiente norma general: una complicación no es constitutiva de responsabilidad civil médica siempre y cuando la técnica aplicada sea la adecuada (ej. STS de 10 de abril de 2003), el profesional haya aplicado dicha técnica correctamente (ej. STS 8 de septiembre de 2003), la complicación surgida sea previsible (ej. STS de 30 de julio de 2003) y el profesional haya reaccionado de inmediato, atendiéndola correctamente y efectuando el debido seguimiento (*sensu contrario*, STS de 11 de abril de 2002).

*c. Omisiones asistenciales.* A propósito de las omisiones asistenciales, resulta superfluo afirmar que la primera y más importante obligación médica es la de prestar asistencia. Constatada la falta de asistencia por el profesional médico, la imputación de responsabilidad civil por culpa es automática. La STS de 27 mayo 2002 (sentencia nº 501/2002, ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez) en el Fundamento de Derecho Cuarto contempló un supuesto en que el facultativo se abstuvo de asistir al parto porque, en apariencia, era un parto normal. Como afirmó la Sala Primera, se trata de un caso en que la asistencia médica no es que fuera defectuosa, es que no existió. Sin embargo, el Tribunal Supremo absolvió a la matrona por entender que su intervención fue más allá de lo que era exigible a la misma.

«La Tesis del recurso —se reitera— en lo concerniente a la responsabilidad postulada, ha de estimarse, por cuanto, es claro que, a tenor de los *facta* reseñados, no cabe que, por el facultativo demandado, se eluda su ineludible obligación de estar presente y asistir al parto, cualquiera que sean las apariencias de normalidad que presente el mismo, máxime cuando la propia matrona lo avisó de su inminencia —por la misma se realizó cuanto le incumbía profesionalmente— en los términos que se comparten y que exterioriza el F. 7º del Juzgado, acogido por la Sala *a quo*, al entender adecuada, entre otras, la maniobra Mc Robert practicada y, así se comparte cuanto se expone en su escrito de impugnación del recurso por la propia matrona: “... las matronas tienen funciones específicas por su propia especialidad, que vienen reconocidas y reguladas en el Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden de 26 de abril de 1973, del Ministerio de Trabajo, cuyo art. 67 establece las funciones que les corresponde desarrollar en instituciones cerradas (como es el Hospital Rosell de Cartagena, donde se produjo el alumbramiento: “Asistir a los partos normales en los casos en que por el Médico se haya comprobado la normal evolución de aquéllos...”). Así lo viene a reconocer la representación del Insalud en estos autos, al decir que la asistencia de las matronas a los alumbramientos normales-eutócicos, no sólo es correcto legalmente, sino que además constituye la esencia de esta especialidad sanitaria en un Hospital...”, lo que se ratifica respecto a las matronas en el art. 66, al fijar sus funciones, entre otras: “ejercer la función de ayuda al médico y, asistir a los partos”, por todo lo cual, incluso cabe atisbar un exceso de celo de la interesada al asumir un cometido ajeno a su trabajo, evitatorio del mal mayor de la inasistencia de la parturienta, por lo que, su exoneración de responsabilidad deviene ineludible, sin que, en lo concerniente a la responsabilidad médica, sean atendibles disculpas

o previsiones de normalidad que, por el facultativo codemandado se tuvieran en cuenta, por lo que, para él, aunque por omisión, sí cabe aplicar la infracción de citada *lex artis ad hoc*, al no prestar la asistencia sanitaria/médico precisa (más que su infracción, aconteció la omisión absoluta de toda su disciplina); la negligencia, pues, de su *facere* profesional integrador de su acto médico resplandece, en modo».

Otro supuesto de omisión asistencial es el contemplado por la STS de 24 marzo 2001 (sentencia nº 291/2001, ponente Alfonso Villagómez Rodil) en el Fundamento de Derecho Segundo. En este caso la omisión imputable al médico fue la falta de exploración y seguimiento de una retina inmadura del recién nacido que degeneró en ceguera bilateral. Esta deficiencia fue directamente debida a la falta de asistencia por el médico demandado y por tanto existió una omisión culposa por parte del mismo generadora a su vez de responsabilidad civil.

«De este modo se está atacando frontalmente los hechos establecidos como probados en la sentencia, que atribuye la gravísima enfermedad de fibroplasia retrolental, manifestada en ceguera bilateral que afecta al niño, en haberse desarrollado durante las primeras semanas de su estancia en la incubadora, donde permaneció desde su nacimiento (27 de noviembre de 1986, hasta su alta), actuando como factores constatados científicamente de dicho mal físico la pasividad profesional al dejar evolucionar espontáneamente y de forma anómala y descontrolada una retina inmadura, siendo preciso, conforme a la ciencia médica; lo que resultaba posible, haber llevado a cabo exploraciones oftalmológicas, que en estos casos, debían practicarse entre la sexta y la novena semana del nacimiento y reexplorado cada dos o tres semanas por si se llegase a detectar áreas de vasoproliferación, a fin de aplicar el tratamiento oportuno oftalmológico, tratándose, en definitiva, de necesarias medidas de prevención impuestas en casos como el que nos ocupa y que no adoptó el recurrente, pues, al contrario, mantuvo una pasividad que resulta alarmante y hasta agresiva y que pone de manifiesto clara infracción de la *lex artis* por no practicar los elementales y necesarios medios de previsión. De este modo se instauró culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, que es lo que la sentencia estableció e imputa al facultativo demandado».

También se apreció un comportamiento culposo por parte del anestesista al omitir las precauciones necesarias para evitar una acceso epidural en la STS 20 julio 2000 (sentencia nº 767/2000, ponente Alfonso Villagómez Rodil) en el Fundamento de Derecho Primero. El fundamento de la condena fue la existencia de omisiones culposas por el anestesista. A título de *obiter dicta* también se alegó la doctrina del daño desproporcionado (en su versión de culpa virtual). Sin embargo, su alegación era innecesaria. La doctrina citada permite invertir la carga de la prueba, pero no se justifica cuando la omisión culposa está plenamente acreditada en el proceso.

«El Tribunal de Instancia alcanzó su fallo condenatorio de la valoración de las pruebas médico-periciales practicadas, para sentar que concurrió efectiva omisión sanitaria en el tratamiento anestesiológico, ya que se produjo acceso epidural, generador de las graves secuelas que afectaron al enfermo, por consecuencia de falta de diligencia y previsión en cuanto a que no se practicó en ningún momento cultivos ni análisis para descartar la presencia de gérmenes en la sangre al tiempo de someter al paciente a las anestésias que se le practicaron, así como que, en su caso, tampoco se adoptaron las medidas de asepsia convenientes, pues tenía implantado un cateter tipo permeable y ambas omisiones, no

acomodados a la *lex artis ad hoc*, bien por sí, o concurriendo juntas, son determinativas en la práctica médica de la causación del acceso epidural que se deja dicho.

La resultancia fáctica declarada probada es base suficiente para decretar negligencia en el funcionamiento de los servicios médicos del INSALUD que atendieron a don Julián G. G. y autoriza el reproche culpabilístico, por darse evidente falta de diligencia intensa y, a su vez, ausencia de agotamiento de medios, que deben actuar ante circunstancias evidentes plenas, por lo que se justifica y resulta suficiente para decretar la responsabilidad que se atribuye a la recurrente, ya que, de haber observado una actuación médica normal, el resultado de salud negativo no se presenta lógicamente compatible y, al contrario, cuando surge la anormalidad es bien indicativa de que el tratamiento adoleció de fallos y que ha llevado a la doctrina anglosajona y francesa a la elaboración de la doctrina de la culpa virtual médica».

En el F.D. 3º de la misma sentencia, se excluyó la apreciación de caso fortuito o fuerza mayor bajo el argumento común de que los mismos son incompatibles con la apreciación de conducta culposa:

«Lo que se deja dicho descarta por completo las situaciones de caso fortuito y fuerza mayor que se alegan en el motivo tercero, al amparo de denunciar violación del artículo 1105 del Código Civil.

El motivo perece. Para apreciar concurrencia de caso fortuito ha de tratarse de un evento imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que se exija adoptar en cada supuesto concreto, y no procede ante un comportamiento negligente con dotación suficiente de causalidad, en cuanto a no haber aportado los medios y previsiones que la ciencia médica facilitaba para evitar el empeoramiento del paciente en este caso (SS. de 4 de julio de 1983, 31 de mayo de 1985 y 11 de marzo de 1996).

La impugnación parte de un dato que expresamente se declara no probado y es que el tratamiento sanitario resultó el adecuado y correcto.

Tampoco se puede considerar y, menos aún, estado de fuerza mayor, la que actúa imponiendo inevitablemente el resultado dañoso ocasionado, es decir, ha de tratarse de una fuerza superior a todo control y previsión y que excluya toda intervención de culpa alguna por los recurrentes (Sentencias de 2 de abril y 15 de diciembre de 1996)».

La regla que podemos extraer de los casos de omisión asistencial está implícita en las obligaciones derivadas de la *lex artis ad hoc*: si ésta exige agotamiento de medios para excluir la culpa del médico, con mayor razón será reprochable culpabilísticamente la conducta del médico que deja de utilizarlos de modo absoluto (ej. STS de 27 de mayo de 2002). Si como reiteradamente viene declarando la Sala Primera, la obligación profesional del médico es prioritariamente de medios y no de resultado, no podrá hablarse de cumplimiento de sus obligaciones por aquél cuando dichos medios ni siquiera han sido activados o empleados.

Resumiendo lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que la culpa conserva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo el carácter de principal título de imputación de responsabilidad civil en el ámbito de la actuación médica. A su favor puede afirmarse que: a) constituye un criterio cierto de imputación; b) resulta fácilmente reconocible por los justiciables; c) asimismo, se trata de un título de atribución de responsabilidad que contribuye a reforzar la seguridad jurídica de la profesión médica y a impedir la generalización de la llamada “medicina defensiva”; y d) responde a un principio

general de justicia cual es el de la atribución de la obligación de resarcimiento del daño producido a quien lo ha causado antinormativamente (expresión ésta última entendida en sentido amplio).

### 1.2.2. La teoría del daño desproporcionado

Si bien, como acabamos de afirmar, la culpa se mantiene como principal factor de imputación de responsabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los últimos años se han abierto paso una serie de tendencias jurisprudenciales que, o bien modulan este postulado, o bien se oponen frontalmente a él. La modulación de la culpa como fundamento de la responsabilidad vendría determinada por la recepción de la teoría del daño desproporcionado. Básicamente, esta teoría sostiene que no siempre es preciso probar directamente la culpa médica o la relación de causalidad entre el hacer médico y el daño para afirmar la obligación de resarcimiento. En aquellos casos en que el daño producido sólo puede explicarse racionalmente entendiendo que ha existido un comportamiento culposo por parte del facultativo, debe condenarse al médico demandado sin exigir la prueba concluyente de la culpa médica o de la relación causal.

En definitiva, estamos en presencia de una presunción judicial. Este es el límite que debe reconocerse al daño desproporcionado. Inversión de la carga de la prueba en perjuicio del demandado. Sólo si éste aporta una prueba que excluya la relación causal o la culpa que se le atribuye, obtendrá una sentencia absolutoria. Por tanto, si se constata en el proceso la existencia de una prestación de asistencia médica, un daño que es radicalmente distinto del que podría esperarse de dicha asistencia y no se acredita por el médico la corrección de su *facere* profesional, debe reconocerse que ha existido una prestación profesional culposa.

Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar, no se trata de una posición jurisprudencial unánimemente aceptada. Se advierte la existencia de tensiones internas en la Sala Primera entre los partidarios de dicha teoría y quienes, por el contrario, pretenden reducir el campo de aplicación de la misma. Así, los partidarios de esta restricción advierten de los riesgos que subyacen a una generalización de la misma.

A continuación vamos a examinar algunos de los casos en que el Tribunal Supremo ha aplicado la meritada doctrina jurisprudencial.

Un supuesto en el que el Tribunal Supremo aplicó tal doctrina para establecer la responsabilidad culposa del médico demandado fue el examinado en la STS de 8 de mayo de 2003 (sentencia nº 461/2003, ponente Xavier O'Callaghan Muñoz) en su Fundamento de Derecho Tercero. La condena del médico demandado estuvo basada en la existencia de una actuación médica (reiteradas operaciones quirúrgicas de la rodilla dañada), un daño (cojera irreversible) y la falta de prueba de que el daño no fuera imputable a dichas intervenciones. Según la Sala Primera:

«En el presente caso, hubo una actuación médica en un dilatado periodo de tiempo, con repetidas intervenciones quirúrgicas, con un proceso largo y doloroso y un resultado irreversible: una cojera en persona joven. En la relación fáctica basada esencialmente en las varias pruebas periciales se afirma que no hubo culpa o negligencia, lo cual no es un *factum*

sino una *quaestio iuris* revisable en casación; se dice que la prueba pericial dice que no hay nexos causales entre la actuación médica y el resultado dañoso; pero no dice cómo ni por qué se ha producido éste; ni dice en ningún momento que la causa fuera ajena a aquella actuación, ni que fuera causada por fuerza mayor, ni que tuviera su origen en previas condiciones de la propia perjudicada.

En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicadas, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (*res ipsa loquitur*), una apariencia de prueba de ésta (*Anscheinsbeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*).

No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradichos por hechos considerados acreditados por prueba pericial. Se produce un suceso y un daño: es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima (no tiene sentido la aberrante frase antes transcrita: "...causa real fue el acto libre y voluntario de la parte actora"), ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad».

La STS de 19 de julio de 2001 (sentencia nº 780/2001, ponente José Ramón Vázquez Sandes) en su Fundamento de Derecho Primero aplicó también la doctrina del daño desproporcionado exclusivamente como criterio de inversión de la carga de la prueba.

«La sentencia recurrida realiza un minucioso examen de las pruebas practicadas para, sobre ellas y con razonamientos ajustados, establecer, en el hacer médico del recurrente y aun en su omisión en periodo postoperatorio, la causa productora del resultado constituido por el estado actual de su paciente, muy bien recogida en el tercero y en el cuarto de los fundamentos de derecho, para concluir constatando una realidad que en modo alguno ha desvirtuado el doctor aquí recurrente como obligación que se le señala en aquel sexto fundamento jurídico, obligación que se rechaza terminantemente en el motivo de recurso a base de una cita jurisprudencial que sólo en cierta medida es aplicable al presente supuesto pues si bien es indudable que la medicina es ciencia de empleo de medios adecuados para obtener un resultado solicitado de actividad para cuya práctica se ha reconocido a su realizador la correspondiente capacitación y la correspondiente experiencia, sin que aquel resultado buscado y propuesto pueda garantizarse de modo absoluto, la misma jurisprudencia —sentencias de 2 de diciembre de 1996, 18 de febrero de 1997, 19 de febrero de 1998 y de 9 de diciembre de 1999, entre otras— ha venido a establecer, cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente, y no el paciente, justificando su adecuada actividad en una impuesta inversión de la carga de la prueba según aquellas sentencias reseñadas, esencialmente la última de ellas, que han venido estableciendo por razón de aquella desproporción de resultados que, con más facilidad que nadie, puede justificar el autor de la actividad de la que el mal resultado surge si es que éste ha sido por propia culpa o por causa inevitable e imprevisible.

Prescindiendo de esta doctrina y de lo que la Sala de instancia ha dejado probado —lo que no cabe destruir negándolo en casación para llevar a una revisión de hechos como si de una tercera instancia se tratase aquélla— se argumenta el motivo de recurso y aun al hacerlo se establece una inseguridad cuando desde la prueba practicada se pretende que todo el

resultado de la operación médica fue debido a “un accidente” o que fue debido “a la caída de la paciente” al ser trasladada de quirófano, alternativa que encuentra adecuada respuesta en la sentencia recurrida —su sexto fundamento jurídico es exhaustivo— y el motivo de recurso ha de ser desestimado».

La STS de 14 de mayo de 2001 (sentencia nº 465/2001, ponente José Ramón Vázquez Sandes) en el Fundamento de Derecho Cuarto consideró daño desproporcionado las lesiones sufridas por la recién nacida a consecuencia de las maniobras de salida efectuadas por el médico. El demandado únicamente alegaba que la situación que se presentó era anómala e imprevisible pero no justificó la corrección de su actuación.

«El médico demandado vino asistiendo durante su embarazo a la esposa del demandante, embarazo de curso normal con un solo episodio de amenaza de aborto que llevó a darle tratamiento y realizarle cuatro ecografías a la futura madre (absolución de la posición 4ª por el demandado), y siendo ésta de constitución física normal sin dificultad para el parto (posición 7ª) se presentó éste el 3 de octubre de 1986 con períodos de dilatación y expulsión normales y se produjo por vía vaginal tras doce horas de labor con bolsa íntegra y aplicación de ventosa más corte lateral, aun siendo el perímetro craneal de la criatura y el de expulsión de la madre normales, sin motivo para la práctica de una cesárea hasta el momento preciso de la salida de la cabeza de la niña (doc. núm. 3, doc. núm. 5, doc. núm. 7, absolución a las posiciones 6ª y a la 7ª), produciéndose al momento de salida de los hombros “una anomalía de la salida por falta de rotación, lo que determinó el engatillamiento del hombro sobre el pubis, impidiéndole la salida normal” (absolución a la posición 12ª), situación que el médico considera anómala e imprevisible “en el sentido de que no se puede diagnosticar que esto va a ocurrir ni durante el embarazo ni durante el parto” (posición 13ª) y lo que se hizo, después de no lograr desenclavar el hombro mediante el giro de los hombros en sentido oblicuo, fue hacer una extracción del hombro contrario, lo que consiguió para favorecer la salida de los hombros (posición 13ª), siendo a consecuencia de todos estos mecanismos que se produjeron a la niña las deficiencias que presenta, y le fueron apreciadas a las seis horas de su nacimiento (doc. núm. 4 y doc. núm. 7).

Este hacer médico, del que no se da más explicación por quien reconoce que lo llevó a cabo —cuando tan fácil le hubiera sido precisar el momento concreto en el que se produjo tan grave lesión a la niña que ayudaba a nacer de forma que valora cómo anómala e imprevisible desde razón no de recibo anclada en tiempo anterior y no de reacción ante el evento, y porque todo tuvo lugar—, viene a convertirse en un resultado desproporcionado para lo que evidentemente es usual en los nacimientos que, aun en estos tiempos, se viene produciendo y por lo tanto quien así lo desempeña, y no acredita la actuación con arreglo a lo que la ciencia le impone, incurre en la negligencia responsable que establece el art. 1101 del Código Civil con un nexo causal que aquí es evidente al amparo el art. 1103 del propio Código y en ese sentido y por las razones expuestas ha de casarse y anularse la sentencia recurrida, ha de revocarse la de primera instancia y, asumiendo este Tribunal las funciones de instancia que por ello le corresponden ha de estimarse la demanda rectora en cuanto al demandado don José A. N. sobre cuya actuación en el nacimiento de la niña Carmen R. G. y su absolución en la instancia se interpone el recurso de casación que nos ocupa».

La STS de 29 de noviembre de 2002 (sentencia 1151/2002, ponente Xavier O'Callaghan Muñoz) en su Fundamento de Derecho Tercero recurrió a la doctrina

del daño desproporcionado en el caso de una segunda intervención practicada para extraer la gasa olvidada en una intervención anterior.

“(…) el resultado que se ha producido, ni se había advertido al paciente, demandante (lo que ni se ha alegado siquiera), ni lo había consentido, ni lo había previsto; con lo cual se reitera la doctrina de esta Sala sobre el daño desproporcionado que, entre otras, expresan las sentencias de 29 de junio de 1999 y 9 de diciembre del mismo año, que dicen: Debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también repetida y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, las SSTs de 13 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998), que, como expresa la STS 29 de junio de 1999 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 y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima».

La STS de 31 de enero de 2003 (sentencia nº 63/2003, ponente Xavier O’Callaghan Muñoz) aplicó también la doctrina mencionada en el Fundamento de Derecho Tercero. El caso contemplado era el de una intervención quirúrgica realizada por padecer el paciente unas hemorroides sangrantes y fisura anal. La secuela definitiva consistió en incontinencia anal parcial. El Tribunal Supremo aplicó el siguiente razonamiento para conectar la dolencia y la secuela a través de la doctrina del daño desproporcionado:

«Efectivamente, en el caso presente el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajeno a su actuación. La Audiencia Provincial infringe, en este sentido, el artículo 1902 del Código Civil y la jurisprudencia que se ha mencionado, destacándose en ella el empleo de expresiones aleatorias y condicionales (“...cuyo origen podría encontrarse..”, “hay ocasiones en que se producen...”, “no cabe descartar la producción...” “posiblemente... la evolución del paciente hubiera tenido...”) que nada expresan sobre hechos probados que es lo que sí le corresponde hacer. Asimismo, a mayor abundamiento, infringe la normativa mencionada de protección de los consumidores, al pretender una prueba cumplida de la culpabilidad, pese a haberse producido un daño desproporcionado, no atribuido a causa externa».

No obstante, la sentencia incluyó un voto particular formulado por el Magistrado del Tribunal Supremo Francisco Marín Castán. El Magistrado discrepante, en relación con el Fundamento de Derecho Tercero, proponía una interpretación de la doctrina del daño desproporcionado más ajustada al principio de la culpa. En el fundamento indicado, Francisco Marín Castán comienza afirmando la necesidad de precisar la doctrina del resultado desproporcionado en sus justos términos y así la califica como una *técnica correctora que exige al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda*



*con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada.* A continuación afirma que debe excluirse su aplicación en los casos de daños indeseados o insatisfactorios pero encuadrables entre los riesgos típicos de la intervención. El fundamento de tal posición consiste en la reivindicación del papel de la culpa como título de imputación. En este sentido, el Magistrado añade *de otro modo, es decir, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo causal, como igualmente podría hacerse, dando un paso más, en el de la acción u omisión, se desvaloriza esta materia hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho civil constituye la clave del juicio de responsabilidad.*

La STS de 17 de noviembre de 2004 (sentencia nº 1108/2004, ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) constituye un ejemplo más de la doctrina del daño desproporcionado. En el Fundamento Jurídico Sexto, la sentencia contiene el núcleo argumentativo en virtud del cual se realizó dicha aplicación:

«En el presente caso no se puede olvidar que a través de un tratamiento coronario francamente agresivo e innecesario se produjeron unos daños físicos y unas secuelas, cuya mensura está perfectamente cuantificada en la sentencia recurrida y cuyos parámetros acepta esta Sala, lo que es subsumible en una situación de daño desproporcionado, y así se infiere de lo manifestado con absoluta corrección por la sentencia recurrida, cuando en ella se afirma: lo anterior quizá no tendría, posiblemente, carácter excepcional (desde el punto de vista de la experiencia médica, evidentemente) si no fuera porque, trasladada la enferma a la Clínica de Madrid “Nuestra Sra. de Loreto” para practicársele un estudio electrofisiológico, se le suspende toda medicación y resulta que: 1) La paciente normaliza la actividad de su corazón, que no precisó ni marcapasos ni desfibrilador automático. 2) La práctica del estudio electrofisiológico evidenció la inexistencia de cardiopatía alguna, tras lo cual Constanza se reintegró a su domicilio el día 13 de julio de 1994. 3) Constanza permanece en la actualidad en su domicilio sin precisar tratamiento alguno para su corazón. 4) El corazón de dicha persona continúa sano en la actualidad y sin que conste que Constanza haya vuelto a tener el más mínimo problema de corazón».

A propósito de la teoría del daño desproporcionado, podemos concluir que existe unanimidad en su aplicación como expediente procesal en aquellos casos en que no se encuentra el daño cubierto por las complicaciones previsibles de la intervención. Cuando la doctrina pretende ir más allá, existe un sector opuesto a tal ampliación que entiende que con ello se compromete la culpa como título de imputación de la responsabilidad civil médica.

### *1.2.3. La responsabilidad objetiva del artículo 28 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*

El artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios viene a establecer en su apartado primero: “No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad,

hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario”. Y en el apartado segundo incluye en este régimen de responsabilidad objetiva los servicios sanitarios.

Ello ha motivado que el Tribunal Supremo, en algunas sentencias, haya declarado su pronunciamiento favorable a la responsabilidad civil del médico basándose en dicho precepto. En la Sala Primera, encontramos sentencias en las que se apela incidentalmente a la regla del art. 28 LGDCU y otras en que se justifica la condena del médico exclusivamente sobre la base de dicha norma legal. Otra modalidad de sentencias en que se apela a la LGDCU es aquella en que el Tribunal Supremo acude a una batería de argumentos para admitir la responsabilidad del médico (inversión de la carga probatoria, doctrina del daño o resultado desproporcionado y responsabilidad objetiva del art. 28 LGDCU). Es el tipo de soluciones jurisprudenciales que Díez Picazo calificó como soluciones compendiosas. La impresión que genera la lectura de dichas sentencias es que no se considera bastante ninguno de los argumentos fundamentadores de la decisión y que la aplicación del principio *pro damnato* ha inspirado directamente el fallo.

Un caso de solución compendiosa es el de la STS de 31 de enero de 2003 (sentencia nº 63/2003, ponente Xavier O’Callaghan Muñoz). En el Fundamento de Derecho Segundo, después de referirse a la inversión de la carga de la prueba y a la doctrina del daño desproporcionado, el Tribunal Supremo mencionó el art. 28 LGDCU y la constatación del daño en el proceso para concluir en la existencia de la obligación de resarcir aquél.

«A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: “...demandante es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando “por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad”, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño ...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad”».

La misma solución inspiró la STS de 29 de noviembre 2002 (sentencia nº 1151/2002, ponente Xavier O’Callaghan Muñoz) en el Fundamento de Derecho Tercero.

La peculiaridad de la STS 19 de junio de 2001 (sentencia nº 642/2001, ponente José Almagro Nosete) radica en el hecho de que la responsabilidad objetiva se alegó como fundamento único de la condena desde el punto de vista jurídico. Así, en el Fundamento de Derecho Tercero, el Tribunal Supremo argumenta en el siguiente sentido:

«Según los hechos probados las secuelas irreversibles que sufre el recurrente, en brazo y mano derechas son debidas al tratamiento quirúrgico y hospitalario en general, al que

fue sometido, a causa de una inicial fractura que generó diversas intervenciones a cargo de diferentes médicos. La lesión del nervio radial, producida en una de las operaciones, como consecuencia de un indebido pinzamiento, determinaron aquellas secuelas que no se hubieran producido con un tratamiento prestado en su tiempo y con adopción de los medios adecuados. A tales hechos han de aplicarse como fundamentos jurídicos de la condena, los artículos 1 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ninguna duda cabe —dice la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997, que adaptamos al caso— a la luz de la dicción literal del artículo 1º de la expresada ley, que el recurrente en cuanto “persona física” que utiliza unos “servicios”, reúne la condición de “usuario” “cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. Conforme al sistema de “garantías y responsabilidad” que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva. Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los “sometidos a su régimen” los “servicios sanitarios”, conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el caso, por la compañía demandada. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, “hasta llegar en debidas condiciones al usuario”. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en las secuelas descritas, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad de la prestataria del servicio. La culpa exclusiva del paciente —que en el caso no concurre— excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias económicas, no son aceptables, y en sus consecuencias ético jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican. Pero estas excepciones deben oponerse y probarse por la perjudicada, lo que no ha ocurrido».

Sin embargo, la aplicación del art. 28 LGDCU a la responsabilidad del servicio sanitario se descarta en la STS de 4 de febrero de 2002 (sentencia nº 46/2002, ponente Francisco Marín Castán) con base en la falta de invocación de aquel precepto en la demanda y en los posteriores recursos. En el Fundamento de Derecho Segundo, la Sala Primera manifiesta:

«(...) la obligación reparadora, no sólo de la aseguradora sino también del INSALUD, se hace depender por completo de la del médico anestesista demandado o, si se quiere, la apreciación de culpa o negligencia en su actuación, ya que no se dirige al Insalud ningún reproche autónomo fundado en el mal estado o en defectos de funcionamiento del instrumental, sonda

o aparatos de monitorización empleados durante la intervención quirúrgica, ni tampoco en la demanda se alegó en su día ni en el recurso se cita ahora como infringido el art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ello determina que, a diferencia de otras ocasiones en que esta Sala ha declarado la obligación de reparar el daño por el titular del centro hospitalario aun sin culpa del médico (así, STS 9 de junio de 1998 en recurso 819/94, sobre un caso de coma irreversible por *shock* anafiláctico tras la administración de productos anestésicos), en este recurso la alegada infracción del art. 1902 Cc haya de abordarse única y exclusivamente en relación con la conducta del médico anestesista demandado, cuya obligación de reparar el daño comportaría la de la compañía aseguradora por razón del contrato de seguro y la del INSALUD por razón de la dependencia de dicho médico respecto de este organismo, perspectiva limitada que, como se desprende de lo constatado en el fundamento jurídico precedente, fue también la adoptada por el tribunal de segunda instancia sin que el recurrente haya objetado nada a tal limitación en su escrito de interposición del recurso de casación».

### ***1.3. El deber de información en la Ley General de Sanidad y su tratamiento jurisprudencial***

La información constituye uno de los elementos esenciales predicables de una buena praxis médica, según ha venido declarando reiteradamente el Tribunal Supremo. Esta obligación se encontraba regulada tradicionalmente en el art. 10.5 de la Ley 14/1986 General de Sanidad. Este precepto reconocía como derecho de alcance frente a las administraciones públicas sanitarias el de información afirmando que 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”. La importancia de una información adecuada a las pautas que suministraba dicho precepto radicaba en que es una condición inexcusable para hablar de consentimiento válidamente obtenido. La regulación de estas materias ha sido actualizada por la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Los arts. 10.5 y 6 de la Ley 14/86 se declaran derogados, entre otros, por la disposición derogatoria única de aquella. De modo que la regulación básica de la materia pasa a estar configurada por el Capítulo II (El derecho a la información sanitaria) y el Capítulo IV (El respeto de la autonomía del paciente). El primero de dichos capítulos lo integran los arts. 4 (derecho a la información asistencial), 5 (titular del derecho a la información asistencial) y 6 (derecho a la información epidemiológica). El segundo está constituido por los arts. 8 (consentimiento informado), 9 (límites del consentimiento informado y consentimiento por representación), 10 (condiciones de la información y consentimiento por escrito), 11 (instrucciones previas), 12 (información en el sistema nacional de salud), 13 (derecho a la información para la elección de médico y de centro). Puesto que deben superponerse las regulaciones autonómicas sobre la materia y respecto de las cuales aquella Ley tiene carácter básico según lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera, podemos mencionar las siguientes leyes autonómicas: Ley 8/2003 de 8 de abril sobre derechos y deberes

de las personas en relación con la salud de Castilla y León; Ley 1/2003 de 28 de enero de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana; Ley Foral 11/2002 de 6 de mayo sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; Ley 3/2001 de 8 de mayo de 2001 reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia; Ley 21/2000, de Cataluña, de 29 de diciembre sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica.

Veamos a continuación cuál ha sido la recepción jurisprudencial de la materia durante la vigencia de la Ley General de Sanidad.

La STS de 7 de marzo de 2000 (sentencia nº 239/2000, ponente José Almagro Nosete) en el Fundamento de Derecho Quinto apreció la responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud a propósito de los trasplantes de médula ósea por no exigir la prestación del consentimiento informado bajo la cobertura de las condiciones exigidas por la Ley General de Sanidad así como la Ley de Extracción y Trasplantes de Órganos y su Reglamento.

«Referido el tercero y último motivo a la infracción del artículo 1902 del Código Civil, debe igualmente desestimarse, puesto que consta, con toda claridad, pese a los graves riesgos que entrañaba la extracción de médula ósea, que no se obtuvo el consentimiento informado de la actora, según establece en el artículo 10.5ª y 6ª de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, que exige su plasmación por escrito, siguiendo con ello la Recomendación 51/1984 del Defensor del Pueblo. En el caso de autos, el riesgo de la intervención era evidente, como se acreditó por prueba pericial, lo que conlleva una mayor exigencia en cuanto al consentimiento. Pero para que el consentimiento prestado sea eficaz es preciso que sea un consentimiento informado, es decir, que se preste con conocimiento de causa y para ello es preciso que se le hubiese comunicado cuáles eran las características de la intervención a la que sería sometida, riesgos que conllevaba, alternativas, número de punciones, complicaciones que podían ocurrir durante la extracción o *a posteriori*. En igual sentido se expresa la Ley de Extracción y Trasplantes de Órganos y su Reglamento, aplicable al caso dado que se extrajo médula ósea para trasplante, y en este sentido se pronuncia el informe médico legal. Dichas normas establecen que el consentimiento ha de plasmarse de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo por escrito ante la autoridad pública reglamentariamente determinada. Añadiendo que en ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento, exigiendo que haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. (artículo 4 Ley 30/1979, de 27 octubre). Sentada la ineludibilidad de la información y del consentimiento escrito y no constando que ello se verificase, debe establecerse a quien fuese imputable dicha negligencia y las consecuencias de la misma. Analizadas las alegaciones de las partes se concluye que el Servicio Andaluz de la Salud no consideró necesario que el consentimiento se plasmase por escrito, en contra de lo legalmente establecido, ni consta que para supuestos de extracción de médula ósea destinada a trasplante, tuviese protocolos informativos normalizados destinados a cumplir con la preceptiva obligación de información. Igualmente tampoco se ha probado que se hubiesen emitido instrucciones a los facultativos para que en estos casos informasen debidamente y obtuviesen el consentimiento por escrito. En suma, se entiende que el Servicio Andaluz de la Salud no actuó diligentemente en el caso de autos al no establecer normas internas precisas para que se informase a los donantes de las características,

riesgos y consecuencias de la extracción de médula, extremos sobre los que no consta que se desarrollase prevención alguna. Por tanto, no es de recibo la imputación que el Servicio Andaluz de la Salud efectúa, atribuyendo la responsabilidad de dicha omisión a los propios médicos, extremo que la Sala no acepta ya que el Servicio Andaluz de Salud no organizó debidamente la información al donante, ni procede considerar suficiente lo que denomina el Servicio Andaluz de la Salud como consentimiento tácito. Ciertamente la actora autorizó la extracción, al considerarlo la única forma para que su hermana superase la grave enfermedad que le aquejaba, pero su voluntad se encontraba gravemente viciada dado que no había sido informada y por tanto no concurrió consentimiento válido expreso ni presunto (artículo 1261 del Código Civil). En definitiva, los hechos descritos se subsumen con acierto en el precepto que se invoca indebidamente como infringido».

La STS de 17 de octubre de 2001 (sentencia nº 941/2001, ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez) en el Fundamento de Derecho Segundo desestimó el recurso de casación en un caso de contagio de SIDA por transfusión de sangre practicada con ocasión de la realización de una cesárea. La confirmación de la sentencia condenatoria resulta de la falta de información de los riesgos que entrañaba tal transfusión de sangre y de las alternativas posibles.

«Pero la información obligada y no practicada no se tenía que referir, como pretende ahora el anómalo motivo, a la procedencia y necesidad de la transfusión, sino de los pros y los contras de tal actuación sanitaria y las opciones posibles al respecto. Por tanto, se le tenía que haber informado a la paciente de los peligros de la transfusión sanguínea, por los problemas de contagio de SIDA, que ya se conocían en el mundo médico en la fecha de la transfusión a la demandante y mucho antes aún. La sentencia de primer grado declara como dato fáctico y hecho probado que “a principios de 1983 se conocía ya que el SIDA se transmitía por contacto sexual; por vía de transfusiones y por intercambio de jeringas contaminadas de sangre...” y añade que “la recomendación efectuada por el Consejo Europeo adopta un criterio restrictivo en cuanto al empleo de transfusiones de sangre cuando no existiera riesgo vital o cuando existiera la posibilidad de emplear métodos terapéuticos alternativos”. (...) Como no consta que se informase de la precisión de recibir sangre por el descenso de los hematocritos a 20 y de las alternativas, como la de recibirla de sus familiares y allegados y no del servicio sanitario de prestación de sangre, donde no existían garantías de no contagio del SIDA, hay que concluir que no se prestó consentimiento válido, pues aunque se reputé necesaria la transfusión, como recoge el fundamento jurídico de la sentencia de primer grado, ello no impedía que se hubiera utilizado la transfusión de un tercero una hora o más después de aquella en que se practicó».

La STS de 23 julio 2003 (sentencia nº 784/2003, ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez) en el Fundamento de Derecho Cuarto casó la sentencia dictada en apelación. La resolución recurrida no apreciaba responsabilidad en la actuación médica de obtención de consentimiento informado. El Supremo consideró, por el contrario, que el consentimiento fue ineficaz puesto que no se informó a la paciente de los riesgos de la operación.

«El Motivo se acoge, porque, incluso, la propia recurrida incurre en evidente contradicción cuando según lo transcrito, expresa que si bien el consentimiento informado es condicionante y que éste tiene excepciones —es indiscutible que la casuística que enumera no es de recibo, en absoluto, porque depende, como en toda la técnica médico legal, del

factor *ad hoc* concurrente—, no obstante, en el caso de autos, viene a ser irrelevante, porque, “no guarda razonable proporcionalidad la omisión en que incurrió el demandado con la consecuencia de responsabilidad pretendida en la demanda”. Y es que, la contradicción de la Sala “a quo” resplandece cuando se afirma que, si bien el demandado, no informó a la actora del riesgo de que, a consecuencia de la intervención a que fue sometida, la membrana timpánica no recuperará su integridad y ello, según dijo, por estimar que “no era pertinente...”, también es cierto que la “perforación residual de los tímpanos se produce en un porcentaje de entre un 1 y un 3% de los casos y, tiene lugar por un proceso de cicatrización anómalo y fibrosis”, de lo que deduce esa Sala que no hay base suficiente para imputar el incumplimiento esencial de sus obligaciones médicas, lo que no se comparte, porque, el riesgo de la intervención era evidente y así luego se transformó en la realidad de la perforación timpánica, pues, en su propio FJ 2º, se dice por la Sala de Instancia: “la declaración de responsabilidad que se efectúa en la sentencia apelada, se hace derivar de modo exclusivo, de la no información a la paciente de los riesgos de la intervención a que iba a ser sometida y, que consistió en la perforación de los tímpanos y colocación de tubos de ventilación. Y, en concreto, tal falta de información se refiere al riesgo, de que, como sucedió, la membrana timpánica no recuperase su integridad”.

De ese argumento de la instancia se evidencia que el riesgo de la intervención se produjo con la rotura o perforación de los dos tímpanos, por lo que deviene indispensable ese deber de informar previamente de unos riesgos, como los que luego determinaron la patología del actor, derivada de su padecimiento a resultas de la perforación timpánica sufrida, siendo por tanto previsible su posterior acaecimiento y de ahí derivar asimismo la responsabilidad del profesional».

En cambio, la STS de 10 abril 2003 (sentencia nº 379/2003, ponente José de Asís Garrote), en el Fundamento de Derecho Segundo, mantuvo que se había obtenido válidamente el consentimiento informado pese a que la información no fue completa y pese a que dicha información se suministró verbalmente.

«Aun en instancia no ha sido objeto de invocación por la parte actora el incumplimiento por parte de los demandados del precepto citado de la Ley General de Sanidad, no por ello ha de calificarse de que tal alegación introduce una circunstancia nueva que no haya sido motivo de discusión y tratamiento en instancia, a saber, el hecho de si el consentimiento a la intervención por vídeo-laparoscopia, fue otorgado por la enferma debidamente informada, ya que la información ha sido un hecho que se ha discutido en instancia, de tal forma que la sentencia de primera instancia basó su absolución, precisamente en que el Juzgador entendió que la intervención médica se había realizado sin haber informado a la enferma de un riesgo, que es previsible. En cambio, la sentencia de segunda instancia, partiendo de que la ahora recurrente, había sido informada de la gravedad de la enfermedad que padecía, y se sometió a la operación que le fue practicada, precisamente, porque era la menos agresiva y la más adecuada a su patología, sin que fuera necesario entrar en otros pormenores, en atención a que la patología que presentaba, para a hacer frente a la enfermedad, no cabría otra alternativa que la intervención, posición ésta que mantiene la Sala, a base de estimar que la enferma estaba suficientemente informada, habida cuenta la relación de confianza que la paciente, ante la gravedad de la enfermedad, había sido verbalmente informada tanto de su gravedad como del plan terapéutico y de las expectativas del mismo, porque no hay que hacer un alarde interpretativo, para estimar comprensiva dentro de la *lex artis*, en su sentido amplio, el cumplimiento del deber informativo (o como se dice en la sentencia de 16 de diciembre

de 1997 “de ahí que se afirme, desde siempre, al ser la obligación del médico la de observar esos deberes asistenciales —entre los que está, sin duda, el de información adecuada—”), deber éste, que no puede ser entendido de forma general o abstracta, sino que hay que tener en cuenta la realidad social en que se presta el servicio, que a este respecto se ha producido una variación considerable en esta materia, en el sentido que no hace mucho se estimaba, que por conveniencia del enfermo, había que disfrazar de alguna forma la gravedad de la patología que padecía, situación ésta que ha cambiado, por lo que evidentemente en este caso se le hizo saber a la enferma la gravedad de su dolencia y de que la intervención más adecuada en atención a su situación médica era la vídeo-laparoscopia, en lugar de la cirugía abierta, que es otra opción, y sin que en esas condiciones fuese preciso que la paciente conociese la posibilidad de que corriera otros riesgos de los posibles a que está sometida cualquier clase de intervenciones».

La STS de 27 abril de 2001 (sentencia nº 416/2001, ponente Alfonso Villagómez Rodil), en el Fundamento de Derecho Primero consideró insuficiente la información suministrada a una paciente que se sometió a una operación de ligadura de trompas en cuanto no se extendió dicha información al riesgo de nuevos embarazos.

«La información practicada en el supuesto del pleito no reúne ni se aproxima a los presupuestos que se dejan estudiados para poder considerarlo como información correcta, ya que únicamente consta que la actora y su marido firmaron un documento impreso del Hospital, carente de todo rigor informativo, pues resulta ser un modelo general para toda clase de intervenciones, sin especificación concreta de los riesgos y alternativas de la intervención que se iba a practicar y la posibilidad de poder quedar embarazada. La misma dirección médica en dicho centro hospitalario vino a reconocer en documento fecha el 9 de julio de 1992 —no impugnado expresamente—, que se había producido “ausencia de información puntual de la posibilidad de nuevos embarazos”.

La prueba de haberse practicado información adecuada resultaba de cargo de la recurrente, por hallarse situación favorable para aportarla al pleito, al entrar en juego la facilidad de disposición de los medios probatorios, lo que no se cumplió de modo satisfactorio, conforme a lo que ya se deja estudiado.

A su vez concurre el preciso nexo causal entre la desinformación acreditada y el resultado (nuevo embarazo de la actora, madre de familia numerosa), que no había querido y por lo tanto de conocer la ineficacia plena de conseguir ser estéril, hacía innecesaria la intervención a la que fue sometida, tratándose de un riesgo no querido y no plenamente asumido».

Un caso similar fue resuelto por la STS de 29 de mayo de 2003 (sentencia nº 511/1997, ponente Alfonso Villagómez Rodil) en el Fundamento de Derecho Primero. La condena de los médicos demandados se funda en la inexistencia de prueba a propósito de la información practicada sobre los riesgos de falta de obtención de la esterilización a través de la ligadura de trompas.

«La sentencia recurrida reconoce y declara para estos casos la obligación de informar y ha de poner de manifiesto el posible riesgo en cuanto no existe seguridad de obtener el resultado querido, sentando como probado que los facultativos que la asistieron y efectuaron la ligadura de trompas no comunicaron a la paciente información alguna, limitándose a la práctica de la operación. También dice la sentencia de forma escueta que esta información se llevó a cabo por otros profesionales y no descarta, lo que se presenta como opinión de la Sala más bien que decisión, de que la paciente por los partos anteriores que necesitaron cesárea “no desconocía que la operación tenía un margen de riesgo en cuanto no era eficaz al cien por cien”.



La decisión sobre la concurrencia de información que declara el Tribunal de Instancia no reúne la motivación adecuada, pues no se presenta debidamente apoyada en pruebas que hubieran sido objeto de una ponderada y expresada apreciación y sometidas al necesario proceso de su valoración e interpretación. Es una declaración genérica, pues se debió de dejar constancia con la necesaria especificación y determinación de quien fue —alguien tendría que serlo— el facultativo que llevó a cabo la información que se dice tuvo lugar, incurriendo así en incongruencia omisiva y por ello infracción del artículo procesal 359, al tratarse de una cuestión esencial debidamente planteada en el proceso, que exigía la respuesta judicial suficiente y no la vaga e imprecisa que se emitió.

A las actuaciones se incorporaron dos documentos sin fecha en los que la recurrente y su esposo autorizan la práctica de esterilización tubárica, pero para nada se hace constar haber recibido información alguna respecto a tal intervención, como tampoco consta en la documentación clínica y hospitalaria que se aportó al pleito».

La STS de 8 de septiembre de 2003 (sentencia nº 828/2003, ponente José Almagro Nosete), después de constatar en el Fundamento de Derecho Segundo que la falta de prueba del consentimiento informado debe perjudicar a los médicos demandados, extrajo de tal defecto informativo las siguientes consecuencias jurídicas en el Fundamento de Derecho Tercero:

«La acogida de los motivos, en la forma que se ha indicado, comporta, de un lado, que se rechace la tesis de la Sentencia de instancia que no atribuye consecuencias a la falta de información, dado que la enfermedad de la paciente “no presentaba otra alternativa”, pues se incurre en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan “consentimiento informado”; de otro lado, que la indemnización que se establezca como sanción civil por incumplimiento exclusivamente del estricto deber de información previa y consentimiento subsiguiente, no se relacione, por inadecuación jurídica del nexo causal, con los costes y gastos de una segunda intervención quirúrgica correctora, practicada en el extranjero. Asumido, por tanto, que la producción del daño colateral, inherente al riesgo normal de la primera intervención, no pueda imputarse a mal arte del cirujano, sólo debe ponderarse el monto de una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y de las posibilidades que, en otro caso, se tenían; suma que, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, ya explicitadas en la motivación de la sentencia, se cifra en seis mil quinientos euros (6.500), a cuyo pago se condena solidariamente a los demandados. No existe relación de causalidad jurídica entre la segunda intervención y los demandados solidarios».

La STS de 22 de julio de 2003 (sentencia nº 783/2003, ponente Alfonso Villagómez Rodil), en el Fundamento de Derecho Primero, exigió que la información fuera actual. Por tanto, no entendió cubierta la exigencia de información, previa a la obtención del consentimiento, con la información prestada a raíz de una operación anterior.

«La sentencia recurrida parte de que se produjo suficiente información previa, para lo que atendió a la declaración prestada por la doctora doña Pilar M. M., colaboradora del demandado, la que manifestó que fue el 19 de septiembre de 1986 y en una sola visita cuando presenció la información que le suministró el demandado respecto al proceso quirúrgico a desarrollar para mejorar el estado de las mamas de la que recurre, con indicación de los riesgos y secuelas posibles, lo que se compagina con lo admitido en el escrito de contestación

(hecho primero), al reconocer que la paciente en aquella época, tras valorar la información recibida, decidió no intervenir por el momento.

Se trata por tanto de una información anterior, admitiendo su existencia, pero no una información actualizada, puntual y precedente a la intervención objeto del pleito llevada a cabo en junio de 1988. El Tribunal de Instancia atendió decididamente que se emitió información suficiente por el solo hecho de que el 22 de abril de 1987 se sometió la demandante a una operación de *lifting*, llevada a cabo por el demandado, “lo cual permite suponer que tanto en esta primera operación como en la segunda de la que surge el pleito fue informada correctamente”.

Sin dejar de lado que no consta para nada en el historial clínico de la recurrente, aportado con la contestación, que se hubiera efectuado algún tipo de información, no procede admitir que la información anterior resulte vigente y eficaz y pueda proyectarse a la operación que es objeto de este proceso, sobre todo cuando como respuesta a aquella la recurrente decidió no operarse. (...) En el caso presente se infringió el deber de información, atendiendo a lo que la sentencia recurrida establece como base fáctica y lo que se deja expuesto, pues no se trata de una información oportuna y efectiva, ya que no consta acreditado se hubiera realizado con una inmediatez temporal razonable a la operación de senos, lo que era carga probatoria del médico demandado».

Por su parte, la STS de 26 de septiembre de 2000 (sentencia nº 849/2000, ponente Alfonso Villagómez Rodil), en el Fundamento de Derecho Primero apreció la responsabilidad del médico demandado con base en la existencia de un defecto informativo. Tal responsabilidad derivaba de no haber informado al paciente de las consecuencias de la operación a la que se sometía y de la existencia de otras alternativas posibles (como era retrasar la operación).

«De este modo no se transmitió información previa y en todo caso sería insuficiente sobre las alternativas, riesgos de la operación y ventajas e inconvenientes de cada tratamiento; es decir, se privó al recurrente de conocer el verdadero alcance y consecuencias de dichos métodos, por lo que se le despojó de la libertad de elección de una técnica u otra, e incluso de poder desistir de la intervención, al no presentarse la misma como urgencia quirúrgica, pues los informes periciales resultan contundentes en este sentido en cuanto precisan que si la operación no se hubiera efectuado, la hipoacusia hubiera empeorado, pero no ocasionaría la sordera consecuencia inmediata de la intervención, la que aparecería transcurridos unos veinte años, tiempo que le facilitaría desempeñar su cometido profesional de alto empleado bancario, en el que hubo de cesar, ya que el 8 de mayo de 1992 pasó a situación de desempleo por acuerdo con el Banco Comercial Trasatlántico en el que prestaba sus servicios.

En el caso de autos se ha producido consentimiento desinformado a cargo del paciente, al habersele privado de conocer de modo suficiente el alcance de su enfermedad y consecuencias de la operación practicada. El derecho a la información del enfermo se conculcó, por no haberse demostrado que el médico hubiera advertido personal y directamente al enfermo los riesgos y alternativas de la operación practicada, al ser éste el efectivo destinatario y era quien debía de recibirla.

Con este actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos de la intervención, en lugar del paciente, como declaró la sentencia de 23 de abril de 1992, ya que se trata de omisiones culposas por las que se debe responder, derivadas de la necesidad de que la información ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible».

En el Fundamento de Derecho Séptimo de la STS de 2 de julio de 2002 (sentencia nº 667/2002, ponente Jesús Corbal Fernández) igualmente se estimó que la información no se extendió a los riesgos frecuentes de la intervención de vasectomía y, por tanto, apreció tanto responsabilidad del médico como del centro de salud.

«La demanda ejercitada por el señor Rafael debe ser estimada en virtud de lo razonado en el fundamento anterior, por cuanto que, constituyendo la información completa y asequible —exhaustiva, suficiente, veraz y leal, S. 27 abril 2001—, y la obtención de un consentimiento informado un presupuesto básico para que el paciente pueda decidir con plena consciencia y libertad acerca de la operación de medicina voluntaria o satisfactiva encaminada a obtener la finalidad propia de la vasectomía, no se cumple tal deber cuando, aun haciendo abstracción de si se le dijo o no que la intervención quirúrgica era muy sencilla y carente de complicaciones, no se avisa o hace saber con carácter previo la posibilidad de unos riesgos y complicaciones que, según la valoración probatoria de la instancia (vinculante en casación), son “frecuentes”, y que el usuario tenía derecho a conocer para poder tomar la decisión más conveniente a sus intereses, asumiendo aquellos riesgos en su caso, en ejercicio del derecho a la libre disposición de su integridad física y salud que es el fin de protección de la norma y tiene su raíz en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). (...) El deber cuyo incumplimiento ha generado la responsabilidad civil incumbía por igual al médico y al Centro (Sentencias, entre otras, de 16 octubre 1998, 7 marzo 2000 y 12 enero y 27 abril 2001), aparte de que en cualquier caso el Centro Hospitalario resultaría responsable por *culpa in vigilando*».

En relación con el cumplimiento del deber legal de información, podemos concluir que el Tribunal Supremo ha exigido para no declarar la responsabilidad civil médica que aquella fuera actual (*sensu* contrario, STS de 22 de julio de 2003) y fuera completa, extendiéndose tanto a los riesgos frecuentes (ej. STS de 2 de julio de 2002) como a las alternativas (ej. STS de 26 de septiembre de 2000). No obstante, en relación con este último requisito de la plenitud de la información, se admiten por el Tribunal Supremo algunas modulaciones atinentes a la evolución experimentada en la materia (ej. STS de 10 de abril de 2003).

#### ***1.4. Algunos aspectos procesales derivados de la responsabilidad médica***

##### ***1.4.1. La carga de la prueba***

Teniendo en cuenta lo ya expuesto en relación con el fundamento de la responsabilidad civil, la conclusión que debe extraerse en materia de carga de la prueba es distinta según se apele a la culpa como criterio de imputación, o se aplique la doctrina del daño desproporcionado o, por último, se invoque la aplicabilidad del art. 28 LGDCU.

Así, en el caso de mantener la culpa como criterio de imputación y tratándose de una obligación de medios la carga de la prueba para el actor será la de acreditar que concurren la acción u omisión (asistencia u omisión asistencial médica), la existencia de daño (menoscabo de la salud), la relación de causalidad entre aquéllas y éste y, finalmente, la infracción por el demandado de la *lex artis ad hoc*. Estos son los hechos fundadores o constitutivos (empleando la expresión del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000) de su pretensión indemnizatoria del

daño sufrido. Para el médico demandado, la carga de la prueba consistirá frecuentemente en acreditar la inexistencia de relación de causalidad o bien que su actuación profesional se ajustó a los dictados de la *lex artis ad hoc* como regla particularizada de diligencia exigible. Esta prueba variará, en cuanto a su contenido, según se trate de error de diagnóstico o error de tratamiento. Así, por ejemplo, frente a la imputación de una omisión asistencial le correspondería acreditar que actuó y que lo hizo correctamente. Frente a una demanda fundada en error de diagnóstico debería acreditar que agotó todos los medios exigibles o que la dolencia no diagnosticada que se le imputa no se manifestaba en el momento de su actuación profesional.

En cuanto a la aplicación de la doctrina jurisprudencial del resultado desproporcionado, sería suficiente inicialmente con que el actor justificara la actuación (comprensiva de la acción u omisión) médica y la existencia del daño. Y ello porque por la vía del resultado desproporcionado, tanto la prueba de la inexistencia de la relación causal como la diligencia de la actuación profesional pueden hacerse recaer sobre la parte demandada. En consecuencia, si el médico demandado no lograra acreditar tales extremos (que actuó diligentemente o que el daño no deriva de su actuación profesional), por aplicación de dicha doctrina debería afirmarse su responsabilidad.

Por último, en los casos en que se aplica el art. 28 LGDCU la carga probatoria del actor consistiría en acreditar la asistencia médica, la existencia del daño y la relación causal.

No obstante, estos enunciados generales en materia de carga probatoria no dejan de ser simples generalizaciones acerca de tal actividad a partir de las resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia. A priori, resulta imposible aventurar qué título de imputación, en su caso, será acogido por el Tribunal y, por tanto, a qué regla de actuación probatoria deben acogerse las partes.

La STS de 7 de abril de 2003 (sentencia nº 329/2003, ponente Antonio Romero Lorenzo) en su Fundamento de Derecho Tercero desestimó la alegación de atenuación del rigor probatorio en materia de responsabilidad médica.

«En cuanto a estas alegaciones de la señora N. ha de resaltarse que, como ya se ha dicho, en el curso del juicio de que el presente recurso trae causa ha sido emitido un amplísimo informe por el perito que salió elegido entre los tres insaculados, sin que respecto al mismo se hubiese alegado la existencia de algún motivo de recusación.

Además, dicho perito, tras contestar con todo detalle a los puntos precisados por los litigantes y por el Juzgado se ha sometido en la diligencia de ratificación de su informe a las aclaraciones que tanto el Juez como una y otra parte tuvieron a bien formularle.

Ciertamente falta constancia documental de las actuaciones llevadas a cabo por el demandado en períodos inmediatamente anteriores y posteriores a la intervención de miringoplastia que llevó a cabo, pero no existe el menor indicio de que las mismas fueran negligentes o contraindicadas, ya que concretamente la “elevación” del injerto según manifiesta el perito se produce, a veces, con independencia de cualquier infección y, en otras ocasiones, como consecuencia de ella y raramente obedece a colocación defectuosa.

En cuanto a las infecciones postoperatorias se afirma que son bastante comunes y se deben normalmente a las condiciones reinantes en la cavidad y a las condiciones cambiantes durante el periodo de cicatrización, produciéndose habitualmente por pseudomonas, cuyo

tratamiento en la época de autos era casi exclusivamente la gentamina; sin que la aplicación de ésta justifique la aparición de hipoacusia unilateral pues ésta, de producirse por esa causa, tendría que ser bilateral y simétrica.

Finalmente se dice que la aparición de dos colesteatomas en los meses siguientes a la miringoplastia hacen pensar en la posibilidad de que los mismos ya existieran anteriormente, aclarando que aunque la causa profunda de la aparición de estos colesteatomas es hoy por hoy desconocida, resulta increíble que la misma obedezca a un injerto timpánico que no quedara en su sitio.

Como resumen de cuanto queda expuesto cabe concluir que la actora ha podido llevar a cabo una muy amplia actividad probatoria, como resultado de la cual figura en los autos una larga serie de documentos relativos a las intervenciones que le han sido practicadas y a los tratamientos a que ha estado sometida, además de la completa prueba pericial médica que hemos resumido.

No hay necesidad, por ello de acudir a una inversión de la carga probatoria que no se considera justificada, ni a establecer una presunción de culpabilidad contra el médico demandado carente de todo fundamento».

La STS de 21 de junio de 2002 (sentencia nº 616/2002, ponente Francisco Marín Castán) mantuvo la improcedencia de una inversión de la carga probatoria. En el Fundamento de Derecho Tercero la Sala Primera declaró:

«En su desarrollo argumental la recurrente se dedica a valorar la prueba pericial que se practicó para mejor proveer, el informe del hospital donde se practicó la segunda cesárea, el historial médico obrante en este segundo hospital, la testifical practicada a su instancia en el proceso, la actitud obstruccionista del médico demandado y el estudio patológico para, con base en toda esa valoración, concluir que no se comprende cómo la sentencia impugnada niega la realidad de la ligadura de trompas practicada con ocasión de la primera cesárea.

Semejante planteamiento es de todo punto inviable, pues como esta Sala ha venido reiterando hasta la saciedad al conocer de recursos sobre pleitos sustanciados durante la vigencia del referido art. 1214 Cc antes de su derogación por la nueva LECiv , dicho precepto carecía de idoneidad para sustentar motivos de casación cuando, como en el caso examinado, el tribunal sentenciador hubiera llegado a una determinada conclusión tras valorar pruebas efectivamente practicadas a instancia de una u otra parte (SSTS 19 de abril de 1999, 26 de noviembre de 1999, 25 de enero de 2000 y 27 de enero de 2000 entre las más recientes). Basta por tanto con recordar la expresa valoración en la sentencia del testimonio del cirujano que ayudó al médico demandado con ocasión de la primera cesárea, o las consideraciones del tribunal sentenciador sobre el posible origen infeccioso del proceso cicatrizal, sustentadas a su vez en pruebas efectivamente practicadas, para rechazar la infracción del art. 1214 Cc que la recurrente propone con la única base de su propia y parcial valoración conjunta de la prueba eludiendo el resultado de aquéllas que no convienen a sus intereses, máxime si se recuerda que precisamente en materia de responsabilidad médica la doctrina general de esta Sala no considera aplicable la inversión de la carga de la prueba en contra del demandado (SSTS 19 de febrero de 1998, 29 de mayo de 1998, 12 de marzo de 1999 y 23 de marzo de 2001 entre otras muchas)».

En relación con las obligaciones médicas de resultado y la carga de la prueba, cabe invocar el Fundamento de Derecho Séptimo de la STS de 11 de diciembre de 2001 (sentencia nº 1193/2001, ponente Xavier O'Callaghan Muñoz).

«En el motivo segundo se enuncia como infringido el artículo 1214 del Código Civil relativo a la doctrina de la carga de la prueba: no se ha infringido; en la obligación de resultado, la responsabilidad se produce cuando no se obtiene éste correctamente y es la parte obligada la que sufre la carga de probar que la inadecuada obtención del resultado no se debe a su actuación: lo cual no ha ocurrido en el presente caso, en que la relación de hechos que han quedado acreditados demuestra que el mal resultado ha sido por causa de la actividad médica. En el desarrollo del motivo, se hacen consideraciones sobre la valoración de la prueba, que no procede considerar, por ser ajenos al motivo y a la propia casación».

#### *1.4.2. La facilidad probatoria*

El principio de facilidad probatoria como atenuador de las reglas sobre carga de la prueba fue elaborado jurisprudencialmente. Este principio ha sido finalmente consagrado en el art. 217.6 LEC 2000 que establece: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

La STS de 27 de abril del 2001 (sentencia nº 416/2001, ponente Alfonso Villagómez Rodil) en su Fundamento de Derecho Primero justificó la atribución a los médicos demandados de la obligación de acreditar el consentimiento informado por el principio de facilidad probatoria.

«La prueba de haberse practicado información adecuada resultaba de cargo de la recurrente, por hallarse situación favorable para aportarla al pleito, al entrar en juego la facilidad de disposición de los medios probatorios, lo que no se cumplió de modo satisfactorio, conforme a lo que ya se deja estudiado».

La STS de 29 de noviembre de 2002 (sentencia nº 1152/2002, ponente Xavier O’Callaghan Muñoz), en el Fundamento de Derecho Tercero, apreció la inversión de la carga de la prueba de la culpa como uno de los criterios determinantes de la decisión (junto a la objetivación de responsabilidad ex art. 28 LGDCU y a la doctrina del daño desproporcionado) en virtud del principio de facilidad probatoria.

«(...) no se ha acreditado, ni justificado, ni prácticamente alegado, que estas secuelas y, en definitiva, esta incapacidad tuviera una causa ajena a la actuación médica que aquí se considera. En este sentido, la Sala reitera la doctrina que inició la sentencia de 2 de diciembre de 1996, que dijo: Por ello va reafirmandose el que 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 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, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión».

La STS de 15 de noviembre de 2004 (sentencia nº 1098/2004, ponente Antonio Romero Lorenzo) aplicó igualmente el principio de facilidad probatoria en relación con la valoración de la prueba pericial aportada a las actuaciones en descargo del demandado. En el Fundamento Jurídico Quinto, la sentencia expresó este criterio jurisprudencial del siguiente modo:

«Respecto a esta alegación de la parte recurrente ha de tenerse en cuenta que el Tribunal de apelación como ya se dijo, ha confirmado la sentencia del Juzgado, en la que

se hacía expresa referencia al dictamen emitido por la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad Autónoma de Barcelona, pero se resaltaba que también era necesario tener en cuenta la poca eficacia y credibilidad del soporte documental puesto a disposición por la Cruz Roja para la realización de la pericia pues el mismo consistía en simples fotocopias sin refrendo oficial de la Entidad a que se atribuían, y sin que existiere constancia fehaciente de que las unidades transfundidas a la Sra. Mari Luz hubiesen sido donadas por las personas concretas que indicaba la parte demandada y sobre las que se ha desarrollado la prueba que nos ocupa.

En definitiva es incuestionable que para la valoración de las pruebas periciales no solo ha de tenerse en cuenta la experiencia y preparación de quien emite los dictámenes, sino también la concurrencia de posibles circunstancias que —como en el presente supuesto acontece— impiden que los Tribunales, precisamente en atención a las reglas de la sana crítica, hayan de considerarse vinculados a los informes de que se trata.

Las precisiones que realiza el Juzgado de Primera Instancia sobre las anomalías a que hemos aludido, determinan que la pericial propuesta por la ahora recurrente no pueda considerarse suficiente para desvirtuar la imputación de responsabilidad de la misma en el contagio sufrido por la Sra. Mari Luz, habida cuenta de la facilidad probatoria de que la Cruz Roja disponía para acreditar que su actuación en la extracción, procesamiento, preparación de componentes de la sangre extraída, control de calidad, envasado y etiquetado de las unidades de sangre o hemoderivados a emplear en transfusiones y su suministro habían alcanzado los niveles técnico-sanitarios que han de ser exigidos en actividad tan trascendental para la recuperación de la salud humana. En consecuencia, el motivo objeto de estudio ha de ser desestimado».

#### *1.4.3. Las presunciones*

Uno de los motivos frecuentes en que se fundamenta el recurso de casación en materia de responsabilidad civil médica es el consistente en alegar infracción del proceso presuntivo realizado por el Tribunal para extraer la existencia o inexistencia de dicha responsabilidad. La alegación, sin embargo, raras veces logra prosperar. Y ello porque el Tribunal Supremo o entiende que no se ha aplicado presunción alguna para pronunciar el fallo o bien porque el proceso deductivo que fundamenta la presunción se ajusta a las reglas de la lógica y de la razón.

La STS de 24 de marzo de 2001 (sentencia nº 291/2001, ponente Alfonso Villagómez Rodil), en el Fundamento de Derecho Primero del recurso formulado por Clínicas S.A., desestimó infracción del art. 1253 Cc por entender que el juzgador no había aplicado presunción alguna sino que ha deducido la responsabilidad de la clínica de hechos probados en el proceso.

«Merece rechazo rotundo alegar error de hecho al llevar a cabo revisión interesada de las pruebas, para tratar de imponer la valoración propia de la recurrente, lo que lleva a decretar que tampoco se produjo infracción del artículo 1253 del Código Civil, pues el Tribunal de Instancia no hizo uso de la prueba de presunciones, sino de pruebas directas que apreció en conjunto para sentar base fáctica que permitió decidir la responsabilidad sanitaria de la entidad y acredita que fue el médico codemandado el que atendió a la paciente en las dependencias de Nuevo Parque, es decir que el suceso tuvo lugar en el ámbito estricto de dicho establecimiento, que tenía obligación de aportar la colaboración, medios técnicos, personal

y llevar a cabo actividades de control y dirección adecuadas y precisas, siendo censurables las conductas omisivas que puedan practicarse para el logro de la mejora de la salud de los enfermos y están al alcance y, sin embargo, ni se deciden ni se realizan».

La STS de 17 de mayo 2002 (sentencia nº 495/2002, ponente Clemente Auger Liñán), en su Fundamento de Derecho Quinto, negó que pudiera revisarse la declaración presuntiva de responsabilidad médica cuando el proceso deductivo del órgano de instancia no fuera irrazonable.

«A este respecto, las cuestiones litigiosas quedan referidas, por una parte, a la determinación de la causa o causas determinantes de la aparición de la quemadura en el abdomen y del hidrocele en el testículo derecho; y hay que concluir que el motivo fue debido a un contacto con el antiséptico que habitualmente se usa, tintura de yodo, lo que revela que en la asistencia dispensada al menor no fue completa la diligencia, siendo el conjunto de posibles deficiencias asistenciales el originador del daño, por lo que la sentencia de instancia, que en este aspecto acoge plenamente la sentencia impugnada en casación, imputa a la entidad demandada, como responsable directa del funcionamiento que se produjo, que puede considerarse anormal y reprochable, en cuanto que la tintura de yodo tenía una concentración más elevada de lo normal, unida al factor lumínico calorífico de la lámpara de quirófano.

Por otra parte, debe decidirse sobre las consecuencias cuantiosas nacidas de la intervención consistente en la punción aspiradora del hidrocele que derivó en una tumuración intraescrotal derecha. La sentencia de la Audiencia, revocando el particular denegatorio en este aspecto de la sentencia de instancia, y teniendo en cuenta que las causas de aparición del hematoma encapsulado se manifiestan después de la punción, estima que las anomalías en la salud del enfermo, posteriores a la operación de apendicitis, tienen su causa en ésta, y que las descritas complicaciones no tienen otro origen que el obrar descuidado de quienes intervinieron en los distintos actos médicos, por lo que se produce el supuesto de responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil.

Lo expuesto implica cuestiones de hecho y establecimiento de nexo causal que pertenecen a la soberanía del Tribunal sentenciador, que no pueden variarse en este recurso, ya que no se trata de apreciaciones arbitrarias o irracionales».

La STS de 18 de noviembre de 2002 (sentencia nº 1077/2002, ponente Teófilo Ortega Torres) reprodujo en su Fundamento de Derecho Tercero las mismas consideraciones:

«Declara probado la sentencia que la artrosis —gonartrosis— que padecía la demandante precisaba intervención quirúrgica en sus dos rodillas y que “la decisión prevista de que fuese operada la rodilla izquierda primeramente, fue debida al mayor dolor que soportaba la señora al andar en relación con la derecha”, no obstante lo cual el demandado cambió “la decisión ya adoptada” habiendo reconocido, en nota manuscrita insertada en el historial de la enferma, que se intervino la rodilla derecha por error en el quirófano, del que se responsabiliza. Partiendo de lo antedicho, se razona en el Fundamento de Derecho quinto de la sentencia impugnada la indemnización a la demandante “por el daño moral que supone haber padecido el mayor dolor de la pierna izquierda hasta que pudiera ser intervenida para lo que prudencialmente se calcula que pudo estar operada en cuatro o cinco meses desde finales de marzo de 1993, cuando se le quitaron los clavos de la pierna derecha y le aconsejaron andar a la señora (folio 43 de los autos)”.



En rigor, ni siquiera cabe afirmar que la Audiencia utilizara presunción alguna sino que extrajo las naturales consecuencias de la valoración de pruebas directas, pero, en cualquier caso, el nexo preciso y directo (art. 1253 Cc) entre el hecho demostrado —el error reconocido por el demandante, aunque ahora lo niegue, y la situación de la enferma con mayores dolores en la rodilla izquierda— y el deducido —que hubo de seguir algún tiempo padeciéndolos cuando pudieron evitarse interviniendo en esa rodilla y no en la derecha— es un juicio de valor reservado al Tribunal de instancia, que ha de respetarse en casación en tanto no se acredite su irrazonabilidad (SS. de 19 marzo y 23 junio 1997, reiterando doctrina constante), lo que no acontece en el caso presente».

La STS de 30 de enero de 2003 (sentencia nº 58/2003, ponente Xavier O'Callaghan Muñoz) después de realizar un resumen pormenorizado de la doctrina jurisprudencial sobre presunciones en su Fundamento de Derecho Cuarto, descartó infracción de la regla legal en materia de presunciones por entender que en el caso enjuiciado no había sido utilizado tal instrumento procesal.

«El motivo cuarto denuncia la infracción de los artículos 1249 y 1253 del Código Civil y de la jurisprudencia que los desarrolla, todo relativo a la prueba de presunciones, ya que afirma que “el procedimiento de la Sala (de instancia) se basa en mera presunción”. No es así y el motivo se desestima.

La sentencia recurrida no emplea la prueba de presunciones sino que parte de unos hechos acreditados por medios de prueba y llega a la calificación de negligencia del actuar médico, cuyo resultado es desproporcionado. Por tanto, no ha habido, ni pudo haberla habido, infracción de la normativa sobre la prueba de presunciones al no haberse ésta utilizado».

En el mismo sentido, la STS de 4 de octubre de 2004 (sentencia nº 902/2004, ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel) negó pertinencia a la impugnación efectuada por el recurrente del procedimiento presuntivo dado que éste no había existido en el caso concreto. En el Fundamento Jurídico Tercero, la Sala Primera afirmó:

«Para llegar a las conclusiones señaladas por Asistencia Sanitaria Colegial, S.A. de Seguros y por D. Luis Ángel, en sus referidos motivos, el Tribunal de apelación no se sirvió de ninguna presunción. Por ello y cual pone de manifiesto la Sentencia de 29 de octubre de 2001, con cita de otras, no pueden entenderse infringidos los artículos 1249 y 1253 del Código Civil».

La STS de 17 de noviembre de 2004 (sentencia nº 1108/2004, ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) rechazó la impugnación de la presunción que opere con un hecho base razonado y apreciado en virtud de la libre valoración de la prueba. Así, en el Fundamento Jurídico 4º:

«También es cierto que la parte recurrente trata de destruir el *factum* de la sentencia recurrida a través del mecanismo de un mal uso de las presunciones que recoge el artículo 1249 del Código Civil, pero también olvida que el hecho base de la presunción utilizada en el presente proceso está fijado y apreciado de una manera correcta y absolutamente motivada a través de una libre apreciación de la prueba, actuación que entra de lleno en la soberanía del Tribunal *a quo*».

Por su parte, la STS de 17 de enero de 2005 (sentencia nº 11/2005, ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares) negó el recurso preceptivo al método presuntivo en aquellos casos en que la conclusión probatoria se hubiese alcanzado en virtud de

pruebas directas. Así, en el Fundamento Jurídico Cuarto, la Sala Primera razona del siguiente modo:

«Esta pretensión no impone la aplicación de la referida prueba de presunciones ya que, existiendo prueba directa, debidamente valorada, hay que estar a ésta. El juicio sobre el adecuado tratamiento médico de la enfermedad (cumplimiento de la *lex artis ad hoc*) es en este caso correcto. Hay que partir, como lo hace la Sentencia recurrida de que el actor padecía desde los 7 años una enfermedad grave, “diabetes mellitus” dependiente de tratamiento insulínico, con insuficiencia de la función renal desde 1981, e hipertensión arterial, retinopatía diabética, que llegó a la ceguera total, y principalmente, “vasculopatía severa”, es decir, que la irrigación sanguínea (oxigenación de los miembros inferiores) periférica, no era adecuada, produciéndose en los mismos constantes ulceraciones (agrietamientos), lo que impuso, como solución médica correcta, en uno de ellos, para evitar su cangrenación, la amputación supracondilea de la pierna derecha, por esa falta de oxigenación (“cortar por lo sano”, según dicho popular, es decir: por encima de la rodilla, para evitar la extensión del fallo, coordinando, a partir del corte, las aportaciones venosas periféricas, lo que produce una mejora general y evidente rápidamente). Deducir que si una pierna se salvó de esta fatalidad, por los cuidados médicos y que si la amputada no obtuvo igual resultado, ello lo fue por la falta de éstos, no es aceptable en el presente caso, ya que esta situación clínica distinta puede darse, y se da, y así, la Sentencia dice que los cuidados existieron, aunque no con la frecuencia de los facilitados a la primera, en el verano de 1994, y que a partir de septiembre de 1994, fueron tan frecuentes como antes; pero ninguna de las periciales llega a la conclusión que aquí él pretende».

## **2. Responsabilidad civil de abogados, procuradores y notarios**

### **2.1. Responsabilidad de abogados**

#### **2.1.1. Introducción y naturaleza jurídica de la relación**

Con independencia de la responsabilidad que pueda ostentar el particular interviniente en un litigio respecto de determinadas conductas en el marco de las actuaciones procesales y a la que se refiere la vigente L.E.C. en varios preceptos (inasistencia del demandante a la vista del art. 442.1 y no presentación de demanda después de instar diligencias preliminares 256.3), nos corresponde ahora analizar en exclusiva a la responsabilidad profesional del abogado, en especial desde un punto de vista jurisprudencial.

Antes de iniciar el estudio de esta clase de responsabilidad haremos previamente una breve referencia a la naturaleza jurídica de las relaciones de que son titulares tales profesionales.

Así, debemos distinguir la relación que se da entre abogado y cliente, y la que se da entre el abogado y un tercero, pues según sea contractual o extracontractual las consecuencias serán distintas, especialmente en cuanto a la duración del plazo para el ejercicio de la acción tendente a exigir responsabilidad al abogado (quince si es contractual y uno si es extracontractual). Tanto la doctrina como Jurisprudencia coinciden en calificar la última como extracontractual, mientras consideran la relación entre abogado y cliente como contractual, y en virtud de ella el Abogado se compromete a prestar un servicio de asesoramiento o dirección letrada al cliente a cambio del pago de unos honorarios.

En este sentido, el artículo 42 del Estatuto General de la Abogacía Española (R.D. 658/2001, de 22 de junio) dice: “son obligaciones del abogado para con el cliente además de las que deriven de sus relaciones contractuales ...”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo coincide en esta calificación, así, la STS de 7 de abril de 2003 (sentencia nº 372/2003, ponente Xavier O’ Callaghan Muñoz) en su Fundamento de Derecho Segundo, viene a decir:

«(...) En primer lugar, la calificación jurídica de la relación contractual entre Abogado y cliente es, en éste y en la mayoría de los casos, salvo muy concretas excepciones, derivada del contrato de prestación de servicios (sentencia de 28 de enero de 1998 y 30 de diciembre de 2002) cuya obligación esencial del primero es la de llevar la dirección técnica de un proceso, como obligación de actividad o de medios, no de resultado (sentencias de 28 de diciembre de 1996 y 8 de junio de 2000): artículo 1544 del Código Civil».

En cuanto al tipo concreto de contrato, también se produce consenso al ser considerado como un arrendamiento de servicios, aunque de forma excepcional se califica como contrato de obra, mandato o gestión.

El arrendamiento de servicios se enmarca en el artículo 1544 Cc. El abogado pone a disposición del cliente una actividad (formular o contestar una demanda, proponer prueba, asistir a juicio, recurrir, etc.) unos medios y una diligencia, pero no un resultado.

La STS de 7 de febrero de 2000 (sentencia nº 99/2000, ponente José de Asís Garrote) en su Fundamento de Derecho Segundo exige al letrado que actúe conforme a la *lex artis* en la prestación de servicios, sin necesidad de que se obtenga el resultado pretendido.

«(...) refiera a los servicios de carácter profesional, cuyo feliz resultado no está al alcance de la persona que presta los servicios, por ello se ha dicho que la prestación de estos profesionales, es una prestación de medios y no de resultados, por lo que para que se entienda cumplida la obligación, solamente se precisa que se acredite que el profesional haya aportado los medios para conseguir el resultado apetecido, y estos se hayan efectuado con arreglo a la *lex artis*, aunque el resultado final apetecido no se haya conseguido; supuesto que es el contemplado en el caso de autos, por lo que a lo que a esto respecta, si recae la carga de la prueba (acreditado como está que, el Letrado ha asistido a la parte en el juicio y ha cumplido con su deber de asesoramiento), de que lo ha hecho de forma negligente, o en forma contraria a la actuación normal de estos profesionales, supuesto éste que no se ha acreditado, por lo que procede desestimar este motivo del recurso, no siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial alegada por la parte recurrente».

La STS de 8 de junio de 2000 (sentencia nº 589/2000, ponente Xavier O’ Callaghan Muñoz) en el Fundamento de Derecho Primero también considera el contrato que une al abogado y cliente como de prestación de servicios, así:

«Se plantea en el presente caso la acción de reclamación —devolución de honorarios adelantados, como provisión de fondos e indemnización de daños y perjuicios— por responsabilidad civil derivada de actuación negligente de Abogado. Es un tipo más de la responsabilidad profesional, derivada de contrato de prestación de servicios tal como destacan las sentencias de esta Sala de 28 de enero de 1998 y 25 de marzo de 1998, que da lugar a

obligaciones del Abogado, que según destaca la sentencia de 28 de diciembre de 1996 su obligación esencial de llevar la dirección técnica de un proceso es obligación de actividad o medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar ésta de una forma correcta. La mencionada sentencia de 25 de marzo de 1998 dice literalmente: El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 del Código Civil conjuntamente con el de obra, a los que llama de “arrendamiento”, como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, como es, en el caso del contrato celebrado con abogado, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio. Efectivamente, el objeto de este contrato es la prestación de servicios y éstos pueden ser predominantemente intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos los propios de las profesiones liberales, como la de abogado: así, sentencias de 6 de octubre de 1989, 24 de junio de 1991, 23 de octubre de 1992; también es cierto que, en ocasiones, el contrato de un profesional liberal puede ser contrato de obra: así, referidas no a abogados sino a arquitectos, sentencias de 10 de febrero de 1987, 29 de mayo de 1987, 25 de mayo de 1988. Y la de 3 de octubre de 1998 añade que no es misión de esta Sala la revisión de toda la actuación profesional del Abogado, sino comprobar si se ha declarado probado la realización de actos u omisiones del Abogado que supongan cumplimiento defectuoso de su obligación personal, teniendo en cuenta que el hecho de no haber tenido éxito judicial en su cometido, no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad. El presente recurso de casación se formula contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, que confirma la del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de la misma ciudad, desestimatoria de la demanda que había interpuesto Dª Mª Teresa, ahora recurrente en casación, contra el Letrado D. Joaquín. La base de la demanda se halla en que éste le dirigió personalmente un proceso que terminó por sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Huelva, confirmada por la Audiencia Provincial, que estimó la excepción de falta de competencia territorial».

La STS de 30 de julio de 2001 insiste en calificar en su F.D. 21º el citado contrato como arrendamiento de servicios, así:

«(...) conexión profesional habida en el caso del debate entre el Abogado D. Ramón y su cliente se integra en un contrato de arrendamiento de servicios, y constituye una relación *intuitu personae*, donde, en términos generales, resulta esencial la confianza del cliente en el Letrado que dirige su pretensión».

La STS de 8 de abril de 2003 (sentencia nº 334/2003, ponente Antonio Romero Lorenzo) recuerda en el Fundamento de Derecho Cuarto que se trata de una obligación de medios:

«Por otra parte, ha de calificarse de correcta la afirmación de la Sala de apelación respecto a que la obligación que asume el Abogado que se compromete a la defensa judicial de su cliente no es de resultados, sino de medios

(...) *lex artis*... Aunque no se trata, por tanto, de que el Abogado haya de garantizar un resultado favorable a las pretensiones de la persona cuya defensa ha asumido, si es exigible que ponga a contribución todos los conocimientos, la diligencia y la prudencia que, en condiciones normales, permitirían obtenerlo, como son —a título de simple ejemplo— la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de plazos y términos legales, etc.

En el caso que nos ocupa se ha omitido la proposición de una prueba pericial contradictoria, sustituyéndola por un dictamen elaborado extrajudicialmente, que se ha aportado por vía documental.

La omisión a que nos referimos resulta tanto más llamativa por cuanto existía una doctrina jurisprudencial consolidada respecto a la escasa trascendencia que podía concederse a dicha prueba pseudo pericial tanto en general como en aquellas ocasiones en que con la misma pretendía desvirtuarse la apreciación de los Jurados de Expropiación.

Por todo parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina “pérdida de oportunidad” que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quién por la impericia o la falta de diligencia del Abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos».

La STS de 12 de diciembre de 2003 (sentencia nº 1157/2003, ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez) también lo considera un arrendamiento de servicios en el Fundamento de Derecho Sexto:

«(...) “contrato de servicios”, en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su *lex artis*, sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma, —*locatio operis*— el éxito de la pretensión».

El arrendamiento de obra se produce en aquellos supuestos en que el Letrado es contratado para lograr un resultado determinado: emitir un dictamen, redactar unos Estatutos, etc.

La diferencia se percibe perfectamente al devengarse los honorarios, en el arrendamiento de obra se produce cuando el abogado pone a disposición del cliente lo que éste le solicitó (dictamen, redacción de contrato, estatuto, etc.); mientras que en el arrendamiento de servicios el devengo no depende de la producción del resultado, sino de la actividad desarrollada por el letrado, siendo suficiente con que ésta se produzca, aunque no se logre el resultado que se esperaba.

### 2.1.2. La responsabilidad del abogado. Requisitos

La responsabilidad contractual del abogado deriva del incumplimiento, por parte del mismo, de las obligaciones que a él le corresponden respecto de las partes, y a ella se refiere el art. 78.2 en relación con el 42 del Estatuto General de la Abogacía (R.D. 658/2001 de 22 de junio). Éstas son muy variadas (cualquiera de las establecidas contractualmente y el cumplimiento de la misión de defensa), pero en todas ellas el letrado debe desarrollar su actividad con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional respecto de hechos o datos conocidos a través de su actividad profesional. En caso contrario su actuación puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria, civil, e incluso penal.

También le afecta el deber de fidelidad, deber de construcción jurisprudencial que se refiere tanto a la custodia y conservación de documentos, como a la fidelidad en la información al cliente.

Para la apreciación de una eventual responsabilidad civil del abogado, además de la aplicación de los respectivos preceptos del Cc., debe tenerse en cuenta también, como señalábamos anteriormente, el Estatuto General de la Abogacía que establece en el artículo 78.2: “*Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa ha sido confiada...*”.

De tales normas puede concluirse que los presupuestos para el nacimiento de esta clase de responsabilidad, tal como se recoge en la propia jurisprudencia transcrita, son los siguientes:

1. *Acción u omisión dolosa o culposa.* A la necesidad de que concurra una acción o una omisión se refiere la citada sentencia del TS de 8 de junio de 2000 en el Fundamento de Derecho Primero cuando dice:

«(...) comprobar si se ha declarado probado la realización de actos u omisiones del Abogado que supongan cumplimiento defectuoso de su obligación personal, teniendo en cuenta que el hecho de no haber tenido éxito judicial en su cometido, no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad».

Se puede decir que el “dolo” y la “culpa” son la base de este tipo de responsabilidad, sin que pueda atribuirse a la actuación del letrado una responsabilidad por mero riesgo y así lo ha dicho T.S. que negó la responsabilidad objetiva.

Lo más frecuente es que se trate de una conducta culposa, puesto que no es habitual que un letrado cause intencionadamente un daño a su cliente. La culpa o negligencia significa que se ha contravenido un deber jurídico, y puede consistir en una inactividad, o en una actividad inadecuada (*v.gr.* planteando demandas insostenibles), en una conducta negligente, o en una impericia o falta de preparación suficiente; puede además tratarse de actividades de asesoramiento, consejo o información.

En la STS de 8 de febrero de 2000 (sentencia nº 117/2000, ponente José Almagro Nosete) se considera en el Fundamento de Derecho Primero negligente la actuación del letrado que erró en el cálculo del plazo de caducidad para ejercitar una acción por despido:

«(...) abogado, en su actuación profesional en defensa de la parte apelante, erró al calcular el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción por despido improcedente no informando adecuadamente a su defendido. Igualmente está demostrado que la parte apelada incurrió en reiterados defectos técnicos en la formulación del varias veces citado recurso de casación, lo que motivó su rechazo por el Tribunal Supremo. Lo expuesto evidencia una actuación profesional del apelado, en su calidad de abogado, carente de la diligencia debida».

Respecto del asesoramiento, consejo o información la doctrina sólo los considera susceptibles de responsabilidad si tienen trascendencia exterior dando lugar a actos o conductas con trascendencia económica.

2. *Daño.* Es decir, el daño a los intereses cuya defensa les hubiese sido confiada en su ejercicio profesional (art. 78.2 del Estatuto). Debe tratarse del daño efectivamente sufrido, y éste es el menoscabo material o moral que sufre una persona, y del que debe responder otra, al haber sido infringida una norma. El daño material

incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante, éste último de valoración más difícil que el anterior, en el cual son decisivos los criterios periciales.

Al daño de carácter económico se refiere la STS de 14 de febrero de 2003 (sentencia nº 136/2003, ponente José de Asís Garrote) que en el Fundamento de Derecho Cuarto dice:

«(...) demanda de desahucio,... fue desestimada por haberla presentado ante Juzgado incompetente para conocer del juicio de desahucio, y ello lo fue por negligencia profesional del Letrado, que debía saber las reglas de competencia, actuación profesional, que ha producido un daño, manifiestamente derivado de la misma, cual ha sido la condena al pago de las costas causadas».

Respecto al daño moral, la doctrina lo define como el quebranto moral o anímico que sufre una persona por los actos dolosos o culposos del abogado. Trata de resarcir situaciones de indefensión en que se deja al cliente y que no tiene posibilidades de cuantificación material. Se cita como ejemplo la demanda no formulada en plazo. No puede conocerse la pérdida sufrida, o incluso si existe o no realmente una pérdida, dado que al no señalarse un pronunciamiento judicial sobre el fondo, jamás se podrá saber cuál hubiera sido la respuesta judicial.

Respecto a la valoración de la pérdida, se observan dos tendencias jurisprudenciales contrapuestas.

Una tendencia indemnizaría el daño moral puro, indemnizable por sí, sin entrar a analizar las posibilidades del trámite perdido (que únicamente podría hacerlo el juez que hubiese sido competente), es decir, sólo la frustración de no haber logrado el pronunciamiento judicial, y ésta es que la que sigue habitualmente el TS.

La STS de 8 de febrero de 2000 (ya citada) en el Fundamento de Derecho Sexto dice:

«(...) incumplimiento de sus obligaciones como profesional del demandado y recurrente, incumplimiento que al impedir el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para conocer de la acción, por despido laboral, ha originado la pérdida indebida de oportunidades procesales, con la consiguiente generación de perjuicios que deben ser indemnizados».

La STS de 20 de marzo de 2003 (sentencia nº 263/2003, ponente Francisco Marín Castán) establece en el Fundamento de Derecho Quinto :

«(...) al tratar de la responsabilidad civil profesional de Abogados y Procuradores la jurisprudencia de esta Sala considera indemnizable en sí misma la pérdida de la oportunidad procesal, con independencia por tanto del pronóstico de prosperabilidad de la pretensión (SSTS 11-11-97)».

La STS de 8 de abril de 2003 (ya citada) se refiere en el Fundamento de Derecho Cuarto a la pérdida de oportunidades procesales en la omisión del letrado consistente en no proponer prueba pericial contradictoria y presentar en su lugar un dictamen extrajudicial:

«La omisión a que nos referimos resulta tanto más llamativa por cuanto existía una doctrina jurisprudencial consolidada respecto a la escasa trascendencia que podía concederse a dicha prueba pseudo pericial tanto en general como en aquellas ocasiones en que con la misma pretendía desvirtuarse la apreciación de los Jurados de Expropiación.

Por todo parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina “pérdida de oportunidad” que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quién por la impericia o la falta de diligencia del Abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos».

La STS de 12 de diciembre de 2003 (ya citada) dice en el Fundamento de Derecho Octavo:

«Esto es, se plantea el tema de la indemnización derivada que, como se expuso, los recurrentes la cifraron en la suma de 70.990.003 pesetas.

Para ello este Tribunal tiene que acoger la doctrina ya decantada de que —sin que, por otro lado, pueda revisar el juicio firme de prescripción de la acción dictado por la sentencia firme expuesta— ese óbice procesal impidió a los interesados (o los privó de su legítimo derecho) acudir a los Tribunales o, más bien, que éstos dieron cabal respuesta a su pretensión indemnizatoria y, ello integra el componente susodicho del daño moral según la jurisprudencia citada y que en versión de la Sentencia de 25-6-1998 y, en un caso parecido la doctrina de la S. 14-5-1999 -F.J. 5º- y las de 30-12-2002 y 8-4-2003, se actualiza afirmando que, “... parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina “pérdida de oportunidad” que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quién por la impericia o la falta de diligencia del Abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos...”; asimismo, la citada Sentencia de 29-5-2003, en su planteamiento hipotético expresa: “el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido”.

Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada “pérdida de oportunidad”».

La STS de 18 de junio de 2004 (sentencia nº 567/2004, ponente Clemente Auger Liñan —siguiendo la de fecha 26 de enero de 1999—) establece en el Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente:

«La frustración de las expectativas generadas en el recurrente por las posibilidades de éxito del recurso de revisión *nonnato*, cuya dirección técnica asumió aquél sin que, finalmente, llegase a confeccionarlo y, definitivamente, a presentarlo supuso la pérdida de una oportunidad procesal que, en atención, a la cantidad total reclamada y discutible prosperabilidad del mismo se fija prudentemente en la suma de 1.250.000 pesetas».

Otra tendencia sí analizaría las posibilidades del juicio o recurso omitido, y en función de ellas determinaría el daño. En el caso de deuda cuyo justificante es aportado al abogado en tiempo sin que ésta la formalice generaría un daño equiparable al importe de la deuda y sus intereses.

La sentencia del TS de 16 de diciembre de 1996 (sentencia nº 1066/1996, ponente Pedro González Poveda) recoge en el Fundamento de Derecho Sexto esta teoría como sistema de valoración respecto de la conducta del letrado que no llevó a cabo actos interruptivos de la prescripción de la acción, así:

«Respecto a la determinación del *quantum* indemnizatorio, las dificultades que presenta la misma en esta clase de procesos no impide que el Juzgador haya de buscar los medios



adecuados para alcanzar una correcta compensación por los daños y perjuicios causados por la actuación negligente del Letrado demandado y si bien esa indemnización no puede consistir en lo que los actores hubieran podido percibir como indemnización de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del esposo y padre de los actores en el procedimiento en que se dio la actuación negligente a que se contrae este litigio, trasponiendo a este pleito aquella indemnización como hace la Sala *a quo* mediante un estudio de la acción que no llegó a prosperar al ser estimada la excepción de prescripción, si pueden ser examinadas las posibilidades de que la acción, caso de haber sido temporáneamente ejercitada, hubiese prosperado y partiendo de ello y atendida la cuantía litigiosa así como la causa de que la demanda no llegase a ser examinada en cuanto al fondo del asunto, fijar la indemnización procedente, pues, como dice la sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1996, “ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse al alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del Procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible”. Atendido lo anterior, procede mantener el quantum de la indemnización fijada por la Sala de instancia puesto que las posibilidades de éxito de la demanda en reclamación de aquellos daño y perjuicios por la muerte del causante de los actores recurridos eran ciertas y se vieron truncadas de raíz por la conducta negligente del recurrente al no realizar en tiempo oportuno los requerimientos necesarios para interrumpir la prescripción».

En este sentido, la STS de 14 de julio de 2003 (sentencia nº 700/2003, ponente Francisco Marín Castán) menciona la señalada teoría en el Fundamento de Derecho Segundo de la siguiente forma:

«(...) forzoso será concluir que el pronóstico de escasa viabilidad de la demanda, al margen de la prescripción de la acción, se ajusta cabalmente a la realidad profesional de éste y daños y perjuicios sufridos por aquél, representados por su condena en costas, evitó el peligro de que el coste procesal hubiera podido ser aún mayor».

La STS de fecha 9 de julio de 2004 (sentencia nº 808/2004, ponente Antonio Romero Lorenzo) recoge lo siguiente en el Fundamento de Derecho Sexto:

«Para decidir acerca del posible acogimiento de la tesis de la Sra. Flor ha de tenerse en cuenta que en la sentencia impugnada se parte —correctamente— de la idea de que para la adecuada compensación de los daños y perjuicios causados por la actuación negligente de un Letrado, en supuestos similares al del caso que nos ocupa han de ser examinadas las posibilidades de que la acción hubiese prosperado en caso de ser temporáneamente ejercitada, pero no puede pretenderse sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser tarea imposible».

3. *Relación de causalidad.* Este requisito implica, como en cualquier caso de responsabilidad, que entre la acción u omisión, dolosa o culposa, y el daño debe existir una relación de causa a efecto. Se excluye la responsabilidad del letrado cuando exista ruptura del curso causal por causa extraña al mismo.

La STS de 14 de julio de 2003, ya citada, contempla un supuesto de estimación de responsabilidad extracontractual contra el letrado que interpuso una demanda después de prescrita la acción, al no considerar suficiente para la ruptura del nexo causal la orden dada por el cliente a su letrado de desistir del recurso de casación en los Fundamentos de Derecho Primero, Tercero, Cuarto y Quinto.

«(...) Cifrada la actuación profesional negligente del abogado demandado en haber interpuesto una demanda indemnizatoria por culpa extracontractual después de prescrita

la acción, el abogado demandado no interpuso finalmente el recurso de casación que en su día había preparado.

(...) Por todo ello, en suma, ha de concluirse que la orden de desistir del recurso de casación dada por el actor a su abogado, lejos de romper parcialmente el nexo causal entre actuación.

(...) Pues bien, aún cuando no constase que el citado Letrado hubiese asumido una obligación genérica de defender los intereses del matrimonio actor en toda clase de procedimientos al haber sido designado en un apoderamiento *apud acta* en punto a la defensa en las concretas diligencias penales en que decidieron personarse, no cabe duda alguna de que en la carta que les dirigió en la fecha del 6 de febrero de 1992, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecería la pena recurrir el auto de sobreseimiento de las referidas actuaciones penales, en cuanto que en buena técnica jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes y a tenor de la diligencia correspondiente al buen padre de familia que impone el artículo 1104 del Código Civil, tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarles con detalle el alcance y significado de tales posibilidades, proceder el así indicado que, indudablemente, se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la Abogacía rectamente entendida, y sin que sea factible exculpar el proceder enjuiciado por las circunstancias para explicarles con detalle el alcance y significado de tales posibilidades, proceder el así indicado que, indudablemente, se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la Abogacía rectamente entendida, y sin que sea factible exculpar el proceder enjuiciado por las circunstancias de que los clientes no hubieran solicitado al Sr. Letrado les informase acerca de otras posibilidades de satisfacer sus pretensiones y de que en una entrevista celebrada en fecha muy posterior, en junio de 1993, les indicase aquél “que quedaba la acción civil”, pues esas circunstancias carecen de relevancia respecto a desvirtuar la omisión inicial en que se incurrió en la carta de referencia.

(...) siendo indudable que ello representó una conducta negligente por omisión y como tal, comprendida en el artículo 1101 del Código Civil y, especialmente, en el 1902 de dicho texto legal, así como en el 102 del repetido Estatuto, y susceptible de indemnización en cuanto que originó un daño de índole moral al matrimonio actor —ahora recurrente—, sin que semejante reparación deba hacerse extensiva a otros daños de distinta naturaleza, ...».

### *2.1.3. Referencia al ejercicio individual, colectivo y multiprofesional de la abogacía*

El art. 27 del Estatuto establece que el ejercicio de la abogacía podrá desarrollarse por cuenta propia, como titular de un despacho, o por cuenta ajena, este último en régimen especial de colaboración o bajo régimen de derecho laboral, ambos a pactar por escrito.

El abogado que desempeña su función dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, en régimen de dependencia y ajenidad sometido al derecho laboral, abogado de empresa, presenta particularidades. A éste no le es exigible la responsabilidad propia del que ejerce su función como profesional liberal, porque ni él selecciona a sus clientes ni los resultados de los juicios le afectan directamente, sino a su empresario; no obstante el Estatuto exige

el respeto a la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión. En estos casos el abogado está vinculado por normas laborales, pero también por las del Colegio Profesional, y debe responder tanto de su negligencia frente a la empresa como frente al tercero que contrató los servicios con la empresa; en el último caso por vía extracontractual. Cabe la posibilidad de que un abogado preste sus servicios por cuenta propia como profesional liberal, y a la vez por cuenta ajena, en el ámbito de una empresa (salvo pacto de exclusividad).

La STS de fecha 30 de noviembre de 2004 (sentencia nº 1175/2004, ponente Xavier O' Callaghan Muñoz) dice en el Fundamento de Derecho Cuarto:

«(...) que esta Sala comparte la calificación y la conclusión de la sentencia de la Audiencia Provincial que lo dice en estos términos: “procede entender que dentro del ámbito de la relación laboral que vinculaba con Cetesa, y como Jefe de División de la Asesoría jurídica, la misma venía obligada a realizar las actuaciones profesionales, como letrado, necesarias en la defensa de los intereses de Cetesa ante Juzgados y Tribunales, siendo la contraprestación por las mismas la remuneración pactada de forma fija y en razón de resultados por su relación laboral, de forma que no tiene derecho al cobro de honorarios profesionales por la tramitación de procedimientos en defensa de la Compañía, al margen de aquélla”».

Caso distinto es el de los despachos colectivos los que se refiere el art. 27 del Estatuto, en él se establece la admisión de cualquiera de las formas lícitas admitidas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles; y que la responsabilidad civil será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada; además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado. El abogado titular de un despacho profesional individual responde profesionalmente frente a su cliente de las gestiones o actuaciones que efectúen sus pasantes o colaboradores, sin perjuicio de la facultad de repetición.

Al ejercicio de la abogacía en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles se refiere el art. 29 de su Estatuto General, pudiendo utilizarse cualquier forma, incluidas las sociedades mercantiles.

## ***2.2. Responsabilidad de los procuradores***

La naturaleza de la relación que une a un procurador con su cliente es de mandato; así lo recoge la STS de 7 de abril de 2003 (ya citada) en el Fundamento de Derecho Segundo:

«(...) la calificación jurídica de la relación entre Procurador y cliente, es derivada del contrato de mandato, en su variedad de mandato representativo: artículos 1718 y 1719 del Código Civil».

Su responsabilidad es similar a la del abogado y deriva del incumplimiento de las obligaciones impuestas tanto por la LEC como por su propio Estatuto (R.D. 1281/2002 de 5 de diciembre), y son sobre todo obligaciones de diligencia (firmar y presentar demandas, recoger notificaciones, comunicación con cliente y abogado, etc.), y no de carácter técnico. Por ello, los incumplimientos más habituales son

conductas omisivas: la no presentación en plazo de demanda, no asistir a una diligencia, no personarse en un recurso, etc.

A la responsabilidad del procurador se refiere el art. 57 de su Estatuto cuando dice que *será exigible cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya representación hubiese sido confiada*. En el art. 58 se contempla la posibilidad de salvar su responsabilidad en atención a los términos utilizados por el letrado en el documento firmado por éste anteponiendo a su firma la expresión *al solo efecto de representación*.

En la sentencia citada anteriormente se absuelve al abogado y se condena al procurador por no presentar escrito de personación, por considerar dicha función como de su estricta competencia:

«(...) escritos de personación; el Abogado no tiene el deber profesional de hacer el escrito, ni dar instrucciones, ni ordenar que se presente; todo ello hasta el punto de que no es inmutable y si el Letrado lo incluye en sus honorarios, se declaran indebidos (lo que ocurre con cierta frecuencia); es decir, es un escrito que debe hacer el Procurador (lo que hace normalmente y se conoce en el argot forense como un “escrito de cajón”).

De lo anterior se desprende que no hay incumplimiento de las obligaciones del Abogado, ni falta de celo o diligencia, ni defecto en la realización diligente de actividades, respecto a un escrito que no le correspondía hacer. Distinto sería el caso en que el escrito se incluye en la obligación de prestar el servicio (*ad exemplum*, el de interposición del recurso de casación), por lo cual deberá cumplir la obligación de hacerlo y el deber del máximo celo y diligencia, respondiendo cuando por dolo o negligencia dañe los intereses de su patrocinado (por ejemplo, si no se presenta en plazo). En consecuencia, debe ser estimado».

En la sentencia del TS de 20 de mayo 1996 (sentencia nº 396/1996, ponente José Almagro Nosete), el procurador no recoge un escrito de personación redactado y remitido en plazo por el abogado a través del autobús de línea (reconocimiento extrajudicial de los hechos al abogado a través de carta, daño moral), los Fundamentos de Derecho Tercero y Quinto recogen lo siguiente:

«Resulta, por ello, infundado el primero de los motivos que so capa de una supuesta vulneración del artículo 1253 del Código Civil (vía, artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) argumenta construyendo una presunción que no ha formulado el Tribunal, para, a renglón seguido, señalar que el hecho base de la dicha presunción no se ha probado, cuando la verdad es que las resultancias probatorias de la sentencia impugnada guardan plena coherencia y no pueden desarticularse con presunciones que invente la parte, a fin de demostrar la ilogicidad de la indemnización fijada, fuera del rigor de los hechos probados y de la seriedad de los razonamientos empleados por el órgano *a quo*. Ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse el alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del Procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible, y que, al mismo tiempo se valore como indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante, no obstante, aquel recurso en el caso de haberse ejercitado concluyera con la desestimación, sin que pueda ser objeto de revisión, como ya se ha dicho, la indemnización establecida por el daño moral. Respecto de la determinación del *quantum* indemnizatorio, la jurisprudencia ha afirmado que el tema de las indemnizaciones producidas como consecuencia de lo dispuesto en los artículos

1103, 1902 y 1903 no tienen acceso a casación a menos que su determinación por el Tribunal *a quo* resulte manifiestamente errónea o ilógica (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1992), lo cual es cuestión de hecho (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1993) o en los supuestos del artículo 1902 del Código Civil cuando se estimara que hubo una concurrencia de culpas no apreciada por el Tribunal de apelación, (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio, 6 de octubre, 3 de diciembre de 1992) lo que es igualmente aplicable a los daños morales (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1983 (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1995).

(...) La sentencia impugnada, en efecto, acude a este artículo y, también, al artículo 1282 del Código Civil para analizar e interpretar el contenido de la carta que se recoge en los antecedentes referenciados en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, a fin de establecer que la “mera existencia de la carta resulta reveladora de la necesidad del encargo en tiempo hábil y de su aceptación por el procurador. No de otro modo puede entenderse la redacción de tal misiva por un profesional del Derecho”. El recurrente repudia la aplicación analógica que de la interpretación literal y del juicio sobre la intención del Procurador realiza la Sala al estudiar la expresada carta, entendiendo que estas normas se refieren exclusivamente a los contratos y no pueden extenderse a otros supuestos diferentes. Mas en el caso lo que se trata precisamente, es de tener por probada la existencia de un contrato, auxiliándose de la intención demostrada por actos posteriores».

En la STS de 11 de noviembre de 1997 (sentencia 981/1997, ponente Francisco Morales Morales), se condena al procurador al estimar la existencia de daño moral en un caso de falta de personación. El Fundamento de Derecho Quinto dice:

«En el presente supuesto litigioso, que presenta unas muy atípicas o peculiares connotaciones, si bien ... no se ha probado la existencia de perjuicio material o económico alguno, ya que resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del Procurador demandado) recursos de apelación anteriormente referidos, en cambio, sí aparece probado el perjuicio o daño moral que sufrieron los demandantes, aquí recurridos, al verse irremisiblemente privados, por la negligente conducta de dicho Procurador, “del derecho, según dice textualmente la sentencia aquí recurrida, que les asistía a que su demanda (suponemos se habrá querido decir “demandas”) fuera estudiada por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo”».

La sentencia de 20 de marzo de 2003 (ya citada) desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que estimaba parcialmente la demanda de daños y perjuicios formulada contra el procurador que ostentó su representación procesal en un recurso contencioso-administrativo. Considera la Sala que el demandado no es responsable de la pérdida de la posibilidad de prueba, por su inasistencia a la designación de perito. La prueba pericial no era la única idónea para acreditar los perjuicios irrogados, ni la inasistencia del procurador al acto del nombramiento de perito fue la causa determinante de que no se acogiera la correspondiente pretensión indemnizatoria. El Fundamento de Derecho Quinto dice:

«(...) Finalmente, el motivo cuarto y último del recurso, amparado en el ordinal 4 del art. 1692 LEC de 1881 y fundado en infracción de los arts. 1101 y 1103 Cc y de la jurisprudencia de esta Sala sobre la imposibilidad de probar objetivamente el daño moral, también ha de

ser desestimado, porque si bien es cierto que al tratar de la responsabilidad civil profesional de Abogados y Procuradores la jurisprudencia de esta Sala considera indemnizable en sí misma la pérdida de la oportunidad procesal, con independencia por tanto del pronóstico de prosperabilidad de la pretensión (SSTS 11-11-97 , 25-6-98 , 26-1-99 , 8-2-00 y 23-5-01), no lo es menos que en el presente caso la omisión del Procurador no impidió el examen de la pretensión indemnizatoria por paralización formulada en el proceso contencioso-administrativo, cual sucede por ejemplo cuando el Procurador no se persona en tiempo ante el tribunal que deba conocer de un recurso previamente preparado o interpuesto, sino que, como extensamente se ha razonado en los fundamentos jurídicos precedentes de esta sentencia y especialmente en el segundo, dicha pretensión adolecía de carencias manifiestas ya desde su propia formulación inicial, y tales carencias persistieron durante la sustanciación del proceso contencioso-administrativo hasta el punto de no haberse probado en el proceso civil que la omisión del Procurador al no asistir al acto del nombramiento de perito fuera causa determinante de la desestimación de la pretensión indemnizatoria por paralización, que además fue oportunamente examinada por el tribunal contencioso-administrativo como demuestra el fundamento jurídico cuarto de su sentencia».

### **2.3. Responsabilidad de los notarios**

Su responsabilidad se recoge en el art. 2 de la Ley del Notariado de fecha 28 de mayo de 1862, que dice:

*El Notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes.*

El art. 23.d) establece asimismo:

*El Notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados.*

La responsabilidad del Notario deriva de una relación contractual de arrendamiento de servicio sui géneris con el cliente pues si bien entre ambos se produce un contrato, habitualmente verbal, el Notario ejerce una función pública que le obliga a prestar la actividad solicitada (salvo que exista causa que la excluya) y ello reduce su autonomía de la voluntad, pero, sin embargo, frente a terceros responde por los daños causados a consecuencia de su actividad profesional por la vía del art. 1902 Cc.

La STS de 11 de octubre de 1997 (sentencia nº 865/1997, ponente Francisco Morales Morales) condena al corredor de comercio (hoy integrados en el Notariado) que no se aseguró de la identidad y capacidad del firmante de una póliza al entender que una cosa es la no obligatoriedad de la presencia del corredor en el momento de la firma, y otra muy distinta la obligación de cerciorarse de aquellos extremos. Dice así el Fundamento de Derecho Quinto:

«(...) respecto de los corredores de comercio, la respuesta casacional que ha de corresponder al presente motivo es la que se desprende de las consideraciones que a continuación

se exponen. Si bien es cierto que el artículo 33 del Reglamento de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio (en la redacción nueva que le dio el Decreto de 5 de diciembre de 1968, al suprimir la expresión “siempre en presencia del Corredor”, que utilizaba ese mismo precepto en su anterior redacción de 27 de mayo de 1959) no exige expresamente la presencia de los Corredores de Comercio en el acto de la firma de las Pólizas que ellos “intervienen”, también lo es que el número 1º del artículo 95 del Código de Comercio, con carácter imperativo, impone a los Agentes colegiados la obligación de “asegurarse de la identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervengan y, en su caso, de la legitimidad de las firmas de los contratantes”. Aunque no se les exija, por el antes referido precepto reglamentario, su presencia en el acto de la firma por los suscribientes de la Póliza, ello no exime a los Corredores de Comercio del cumplimiento de la obligación legal e imperativa anteriormente dicha (“asegurarse... de la legitimidad de las firmas de los contratantes”), lo cual implica que dicho “aseguramiento” (como sinónimo de convicción), —cuya forma prácticamente única, dicho sea de paso, de inequívoca adquisición es la de la presencia física (*de visis et auditis suis sensibus*)— podrá adquirirlo por otros medios (a través de algún dependiente suyo legalmente habilitado, por la confianza que le inspire la entidad bancaria que gestiona la suscripción de la Póliza, etc.), pero no le dispensa, ni le libera, en modo alguno del cumplimiento de dicha obligación, máxime cuando la consecuencia esencial de esa legitimidad de las firmas de la póliza que la intervención acredita es la concesión de efectos ejecutivos a la póliza intervenida (número 6º del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que sea necesario que los firmantes de la póliza reconozcan su firma a la presencia judicial, como ocurre con los documentos privados (número 2º del citado precepto) ya que la legitimidad de las firmas está cubierta por la fe pública de la “intervención”. Por tanto, si alguna de las firmas de la Póliza intervenida luego resulta ser falsa (como es el caso que nos ocupa), ello patentiza que el Agente mediador, que realizó la intervención de la misma, actuó con negligencia profesional, al no cumplir adecuadamente (por los medios que él creyera oportunos, sin su presencia física) la ya tantas veces repetida e ineludible obligación legal de “asegurarse... de la legitimidad de las firmas de los contratantes”, por lo que, obviamente, ha de responder civilmente de los daños y perjuicios causados con dicha negligencia profesional (artículo 1902 del Código Civil)».

La STS de 18 de marzo de 1998 (sentencia nº 242/1998, ponente Eduardo Fernández-Cis Temes) establece que la posterior nulidad de la escritura por retroacción de la quiebra rompió el nexo causal entre la negligencia del notario, al incidir en defecto subsanable, y el importe de la deuda que garantizaba la hipoteca como daño reclamado. Los Fundamentos de Derecho Primero y Tercero recogen lo siguiente:

«se presentó ante el Registro de la Propiedad la tan repetida escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria...suspendiendo el Registrador la inscripción por acuerdo de 15 de octubre de 1993, en el que indicaba que, siendo una misma persona la representante de la entidad deudora como la de la compañía hipotecante, se producía un supuesto de autocontratación con intereses contrapuestos, lo que exigía una ratificación del consentimiento por parte de la junta general de la sociedad hipotecante. El asiento caducó con fecha 2 de noviembre de 1993, por no haberse devuelto el documento dentro del plazo de su vigencia con subsanación del defecto, sin que éste, el defecto, se hubiera hecho constar por el señor Notario en la escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, en la que afirmó que los comparecientes gozaban a su juicio de plena capacidad para otorgar la escritura. ...la demora en el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales es imputable a la demandante o, en el mejor de los casos para la misma, como afirma la Audiencia, a un tercero, pero en ningún

caso a los demandados. También de la culpa o negligencia del Notario y de que los daños y perjuicios reclamados se concretaron por la parte actora, hoy recurrente, en el importe del principal de la deuda garantizada, de manera que no cabe tomar en cuenta otros resultados. Y ya en este punto, bueno será partir igualmente de que esta Sala acepta la afirmación de la Audiencia, tanto en su contenido fáctico como jurídico, de que “aún concurriendo una conducta negligente en los demandados puedan verse los mismos exentos de responsabilidad si acreditan que entre su comportamiento y el resultado dañoso ha mediado una causa extraña de suficiente entidad que interfiriéndose en el nexo de causalidad lo rompa”, debiendo recordarse aquí que la escritura pública se otorgó el 9 de noviembre de 1992 y el auto de declaración de la quiebra, de 14 de julio de 1993, fijó la retroacción en el 1 de julio de 1991, estableciendo el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio de 1885, refiriéndose al quebrado, que “todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos”.

(...) la nulidad de la escritura de constitución de la hipoteca trasciende al nexo causal y rompe el mismo en cuanto al enlace de la negligencia del notario con el daño objeto de reclamación, limitado al importe de la deuda que se garantizaba, sin perjuicio, claro es, de otros posibles daños o perjuicios no objeto del pleito; mas aún, la nulidad del acto dispositivo incide no sólo sobre el nexo causal, sino que absorbe la negligencia indudable del Notario e impide que se declare que esta produjese el daño pretendido».

La STS de 2 de diciembre de 1998 (sentencia nº 1172/1998, ponente José Almagro Nosete) condena al notario por dar fe del conocimiento de una persona, la cual suplantaba a otra, porque días antes había estado en la notaría al considerar el TS que conocer significa habitualidad en el trato y ésta no se producía. Dice en los Fundamentos de Derecho Primero, Segundo y Tercero:

«Sin embargo, los “datos probados” de la sentencia recurrida, reflejan una realidad, matizadamente diferente: el notario “dio fe del conocimiento personal de la persona que comparecía (suplantando a otra y exhibiendo un D.N.I. falso) pese a que sólo la conocía —como declaró más tarde— porque días anteriores fue a la notaría con el referido D.N.I. Es más: el propio notario demandado afirma que “dadas las circunstancias” (otorgamiento a favor de la compareciente por una supuesta suegra —la que fue propietaria del inmueble en cuestión, hacía unos cinco años fallecida— de un poder para verificar una compraventa) “recibió personalmente a la poderdante y se cercioró de su capacidad y lucidez, problema que le preocupaba”, de donde infiere el órgano *a quo* que “parece más que razonable entender que también debió preocupar esencialmente al apelado cerciorarse de la identidad de la compareciente, a la que sólo conocía por la exhibición de ese D.N.I. que resultó falso”.

Así las cosas, debe ponderarse cuál es el sentido que se ha de dar a la “fe de conocimiento” de “las partes” intervinientes en los documentos notariales, por cuanto que, en el caso, lo que el recurrente sostiene es que la identificación, días antes de la compareciente falsaria, por medio del documento de identidad, suponía ya que aquella identificación previa se transformaba, para el acto del otorgamiento del documento en conocimiento directo, liberándole de consignar las constancias exigidas, cuando se emplea otro modo de aseguramiento de la identidad, concretamente la identificación mediante el carnet de identidad. Tal interpretación pugna, sin duda, con el recto sentido del precepto ya que se eludiría el cumplimiento de aquellas constancias, con tal modo de identificación informal previa. Conocer, no significa, en la acepción que se considera, que el Notario haya visto una vez a una persona y le haya solicitado su carnet de identidad, sino que, por habitualidad,



en el trato (*v.gr.* cliente de la Notaría) u otras razones, notoriedad de la persona, no puede ofrecer a éste dudas, según el común de la experiencia, la identidad de ésta. Es decir entraña un “reconocimiento” de la persona lo cual exige un previo conocimiento. Por ello, conforme establece la sentencia de instancia parece razonable entender que, dadas las circunstancias, el apelado, puesto que no existía el conocimiento personal de la compareciente, hubiese consignado el conocimiento supletorio al que se refiere el artículo 23.c) de la referida Ley del Notariado, respondiendo, por consiguiente, como se establece en el segundo párrafo de dicho apartado, “de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente”. No lo hizo así, y dio fe del conocimiento personal de la compareciente, lo que, con palmaria evidencia, facilitó objetivamente (aún, por supuesto, sin asomo alguno de intencionalidad o dolo civil por parte del apelado) las intenciones delictivas de aquélla. En definitiva, el notario no procedió con la diligencia profesional exigible, en términos de normalidad, para garantizar la identidad de la compareciente, previniendo las siempre posibles suplantaciones. La propia Dirección general de los Registros y del Notariado, se ve en la obligación de “recordar a este Notario la obligación de extremar su celo en la narración documental del medio de identificación utilizado a fin de que la manera en que se ha formado su juicio de identidad quede lo más fiel y correctamente expresado posible”.

El segundo motivo, denuncia, aisladamente, a diferencia de lo que se hace en el motivo anterior, la infracción del artículo 1902 del Código Civil, aunque con carácter subsidiario, es decir, para el supuesto de que no se desestime, como así acontece, el primero y, por tanto a partir de la “existencia de actuación culposa del demandado”. Trata, en definitiva, de minimizar el alcance de la culpa, “negando el nexo causal entre la actuación del demandado y el daño producido por razón de la insuficiencia de la causa para producir el resultado dañoso. Mas tal falta de adecuación no es admisible dado que fue la omisión de la identificación en forma, la que, al menos, facilitó la suplantación que, como acto ilícito instrumental determinó la consumación de la acción de despojo final, pues, no se ha probado en autos, según carga probatoria que correspondía al demandado, que la semejanza, parecido o perfección de la fotografía y coincidencia aparente de los datos del carnet de identidad que se utilizó, conducían al engaño, ni tampoco que el *iter* que condujo al resultado fuera interrumpido por acto u omisión extraña que contribuyera de manera relevante al resultado. No puede, por ello, aplicarse, al caso, la doctrina que emana de la Sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1998, que toma en consideración, no obstante, la culpa o negligencia del Notario interviniente, en el otorgamiento de la escritura pública”, para llegar a la exención de responsabilidad, la ruptura que se produjo en el nexo causal, al mediar una causa extraña de suficiente entidad que se interfirió como consecuencia de una declaración de retroacción en una quiebra».

En la STS 5 de febrero de 2000 (sentencia nº 75/2000, ponente Alfonso Villagómez Rodil) se condena civilmente al notario que no se aseguró de la identidad del otorgante de un poder por todos los medios. Así, en los Fundamentos de Derecho Primero y Tercero:

«(...) se exigió al recurrente responsabilidad profesional por su actuación en el otorgamiento del apoderamiento decisivo de 8 de septiembre de 1988, al no haberse cerciorado de la personalidad de quien figuraba como otorgante (se hace constar literalmente en el documento público: “Firma conmigo el Notario, que conozco al compareciente”).

Los Notarios, sin perjuicio de la actividad profesional de asesorar y ofrecer los medios jurídicos más adecuados para quienes soliciten sus servicios, puedan llevar a cabo contratos y actos jurídicos lícitos y válidos, (artículo primero del Reglamento), lo que contribuye decididamente a su prestigio, sin embargo la actuación más importante es la dación de fe conforme a las Leyes, que lleva consigo la función documentadora, conforme al artículo uno de la Ley del Notariado. El correcto ejercicio de la fe notarial de conocimiento por atribución legal directa, resulta transcendental al quedar fijados con certeza los sujetos intervinientes en el acto y máxime en una sociedad como la actual, en la que la complejidad y proliferación de actuaciones jurídicas resulta notoria, por lo que se hace más exigente la cuestión de la responsabilidad en que estos funcionarios pueden incurrir, la que puede derivar tanto por actuaciones que cabe enmarcar en las relaciones contractuales, como en las extracontractuales o incluso concurriendo ambas (Sentencia de 19-6-1984).

En el caso que nos ocupa, la actora del pleito imputa actuación negligente profesional que no procede de relación contractual alguna, sino que opera al margen de ella, como actuación propia de Derecho instrumental, encuadrada en el ámbito de la responsabilidad aquiliana que prevé el artículo 1902 del Código Civil .

La sentencia recurrida, que aceptó y confirmó la del Juzgado, vino a declarar la responsabilidad civil del Notario por consecuencia de su intervención otorgamiento de un poder anterior (de fecha 17 de agosto de 1988), en que también figura apoderado el fallecido D. Javier, que suplantó a quien debía ser el auténtico poderdante, su hermano D. Ramón... la intervención del fedatario, al documentar los poderes que se dice otorgados a su presencia y bajo el amparo de la fe pública que le correspondía en razón a la función desempeñada y, consecuentemente, decidir sobre su responsabilidad.

El Notario tiene la ineludible obligación de identificar a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento por los medios complementarios legales, y de este modo no se le exime de ponderar y valorar en cada actuación todos los elementos identificadores que puedan tenerse en cuenta, lo que no se compagina con el automatismo y rutina profesional y dar por buena una identificación posterior en base a otra anterior, como aquí ha sucedido, cuando aquella no responde a conocimiento directo y si emplea los medios supletorios lo es bajo su responsabilidad. Cuando sucede que es inducido a error sobre la personalidad de los otorgantes por su actuación maliciosa propia o de otros, lo que no incurre es en responsabilidad criminal, ya que sólo se le exigirá cuando hubiera actuado con dolo, pero no está exento de la civil correspondiente (artículo 146 del Reglamento Notarial), en este caso, de naturaleza extracontractual, generada por una actuación profesional negligente en atención a lo que queda estudiado, pues no se agotó debidamente el proceso identificado, al aceptar la errónea que ya se había instaurado. Con este modo de actuar el fedatario no procedió con la diligencia exigible en términos de normalidad para garantizar la identidad del otorgante y evitar las posibles suplantaciones de personalidad que impone extremar el celo en llevar a cabo cuantas comprobaciones autorizadas sean necesarias ... la transcendencia de su dación pública, ante el riesgo mayor que presenta la sociedad de hoy donde tiene más cobijo la mala fe que la buena fe, alerta e impone a los fedatarios públicos extremar su celo identificador con el empleo intenso y hasta exhaustivas de medidas de comprobación que las normas legales les facilita y evitar la proliferación de situaciones como la presente».

# 6

---

## **La responsabilidad civil por productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español**

---

*Fernando García Cachafeiro*  
Universidade da Coruña



## 1. Introducción

La doctrina sobre la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos tiene su origen en los Estados Unidos, cuyos tribunales fueron los primeros en elaborar diversas teorías legales para tratar de solucionar los conflictos de intereses que surgen en este ámbito. En efecto, la moderna economía de consumo, caracterizada por la producción en masa de bienes destinados a millones de clientes, no ha eliminado el riesgo de que alguno de los bienes fabricados salga defectuoso y pueda causar daños a sus destinatarios. Sin embargo, los cambios experimentados en los procesos de fabricación y distribución de bienes sí que han obligado a alterar los criterios tradicionales de la responsabilidad civil —basados en la culpa o negligencia del causante del daño— debido, fundamentalmente, a las dificultades que tienen los consumidores para probar la conducta negligente del fabricante en el contexto actual<sup>1</sup>.

Las doctrinas elaboradas por la jurisprudencia norteamericana para solventar los inconvenientes que generan los daños causados por productos defectuosos fueron más tarde recibidas y aceptadas a este lado del Atlántico, particularmente tras la aprobación de la Directiva 374/85, de 25 de julio de 1985, que obligó a los Estados miembros a adoptar un régimen de la responsabilidad por productos uniforme basado en la responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva del fabricante<sup>2</sup>. En nuestro país, la regulación especial de la materia se encuentra en la Ley 22/1994 de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que entró en vigor en julio de 1994<sup>3</sup>.

La responsabilidad por productos constituye un asunto extensamente tratado por la doctrina española, tanto mercantilista como civilista. El propósito de este trabajo consiste en ofrecer una perspectiva diferente de la figura a través del análisis del estado actual de la responsabilidad por productos en los Estados Unidos. El estudio propuesto pone de manifiesto el cambio de rumbo adoptado por los tribunales norteamericanos tras la publicación por el *American Law Institute* de su *Restatement Third* en mayo de 1997, que viene a significar un claro distanciamiento de las tesis actualmente vigentes tanto en la Unión Europea, como en nuestro país.

Cuando se trata de estudiar la responsabilidad por productos defectuosos en los EE.UU., es necesario realizar una advertencia previa relativa al destacado papel que

---

<sup>1</sup> Vid., por todos, ORBAN, “Product liability: a comparative legal restatement-Foreign national law and the EEC Directive”, *Ga. J. Int’l & Comp. L.*, vol. 8, 1973, pp. 392-93, quien señala que la responsabilidad estricta de los fabricantes de productos defectuosos es “en esencia una invención americana”. También en la doctrina española numerosos autores han destacado el origen norteamericano de la doctrina. Entre otros, vid. RODRÍGUEZ CARRIÓN (*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, Ed. Revista General del Derecho, Valencia, 2000, p. 16): “se trata de una norma (la ley española) de clara inspiración americana”; o DE LA VEGA GARCÍA (*Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso: un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1998, p. 25): “la mayor parte de los países de Europa occidental han ido adaptando su Derecho siguiendo de cerca las decisiones de la jurisprudencia norteamericana, dada la especial atención prestada al problema en los EE.UU. Más recientemente, la D. 85/374/CEE (...) y, por tanto, la LRPD, han llegado a ser también influidos por algunos aspectos de estas decisiones, si bien de forma indirecta o refleja”.

<sup>2</sup> Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (modificada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999). Sobre las iniciativas legislativas comunitarias, vid. [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/goods/liability/index.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/goods/liability/index.htm).

<sup>3</sup> BOE de 7 de julio, núm. 161.

la doctrina desempeña en la sociedad norteamericana. En efecto, la responsabilidad por productos suele percibirse en aquel país como un medio de garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los abusos de las empresas poco cuidadosas con sus productos. La importancia de esta doctrina se pone de manifiesto en el elevado número de litigios entablados cada año contra fabricantes de productos defectuosos —en torno a unos quince mil asuntos anuales ante los tribunales federales— y en las cuantiosas indemnizaciones concedidas por los tribunales a los consumidores perjudicados —cuyo valor medio es de 1,8 millones de dólares<sup>4</sup>—. Además, la responsabilidad por productos defectuosos es objeto de una atención constante por los medios de comunicación e, incluso, se ha convertido en uno de los temas favoritos de las películas de ficción, hasta el punto que puede decirse que las indemnizaciones por vicios en los productos han desplazado al asesinato, como la principal fuente de inspiración de las películas de Hollywood<sup>5</sup>.

En las páginas siguientes se analizan las teorías legales adoptadas en los Estados Unidos sobre productos defectuosos y sus principales diferencias con la normativa reguladora de la materia en España. Las conclusiones que se enuncian sobre la legislación española son extrapolables al resto de los países miembros de la Unión Europea, dado que sus respectivos regímenes jurídicos están inspirados en la citada Directiva 374/85.

## **2. La responsabilidad por productos defectuosos en los Estados Unidos**

### **2.1. Sistema de fuentes**

El actual régimen jurídico de la responsabilidad por productos defectuosos en los Estados Unidos se debe fundamentalmente a la actuación de los tribunales de aquel país, los cuales tuvieron que ir adaptando los postulados básicos de la responsabilidad civil a las nuevas necesidades que planteaba la producción en masa de bienes y servicios. En efecto, las teorías de la *negligence*, *implied warranty* o *strict liability*, que constituyen el fundamento jurídico de cualquier reclamación presentada por un consumidor perjudicado por un producto, constituyen construcciones jurisprudenciales adoptadas para resolver los problemas particulares que los defectos de productos planteaban. Por tanto, la responsabilidad por productos constituye una buena muestra de la creación jurisprudencial del Derecho característica de los países que se rigen por el sistema del *Common Law*.

Si bien es cierto que el impulso definitivo en esta materia corresponde a los órganos jurisdiccionales, no cabe desconocer el papel que juegan las distintas legislaciones sobre productos defectuosos. En el plano legislativo, la nota más significativa del sistema norteamericano es la ausencia de una normativa federal sobre la materia,

---

<sup>4</sup> *Vid.* los datos que recoge J. ZEKOLL, “Liability for defective products and services”, *Am. J. Com. L.*, vol. 50, p. 147 y ss.

<sup>5</sup> La importancia relativa de la doctrina se pone de manifiesto en la siguiente afirmación de A. SCHWARTZ (“The foreign trademark owner living with American products liability Law”, *N. C. J. Int’l L. & Com. Reg.*, vol. 12, 1987, p. 375): “cuando los americanos piensan en Francia, recuerdan el vino y los perfumes. Cuando los franceses (o cualquier hombre de negocios de otro país) piensan en América, les vienen a la memoria los pleitos”.

a pesar de que en numerosas ocasiones se han presentado iniciativas legislativas en este sentido<sup>6</sup>. No obstante, en el ámbito estatal prácticamente todos los Estados de la Unión han aprobado normas que regulan los daños causados por productos defectuosos, si bien dicha normativa se caracteriza por su diversidad y parcialidad. De un lado, no existe una regulación uniforme de la figura por lo que existen importantes diferencias entre los Estados a la hora de admitir demandas contra los fabricantes instalados en sus territorios. De otro, las disposiciones estatales tienen en común que no tratan de regular todos los aspectos de la responsabilidad del fabricante, sino que suelen limitarse a algunas nociones particulares de la misma como, por ejemplo, los límites máximos de la indemnización, los plazos de prescripción de las acciones o la carga de la prueba en juicio<sup>7</sup>.

El carácter eminentemente jurisprudencial y la inexistencia de una regulación uniforme sobre la responsabilidad por productos defectuosos plantean la necesidad de adoptar leyes modelo que, pese a carecer de fuerza vinculante, constituyen una fuente de orientación para los tribunales y legisladores de los distintos Estados. En este sentido, debe destacarse la labor realizada por el *American Law Institute* (ALI), un organismo privado formado por juristas de reputado prestigio, en cuyo seno se elaboran periódicamente *Restatements of Law* en los que se enuncian las reglas que regulan distintas instituciones jurídicas norteamericanas<sup>8</sup>.

En materia de productos defectuosos, el Instituto ha elaborado tres versiones de *restatements* que han tenido históricamente una influencia decisiva en la evolución legislativa y jurisprudencial de la figura<sup>9</sup>. En mayo de 1997, ALI aprobó la última versión de sus disposiciones sobre productos defectuosos, bajo la denominación *Restatement of the Law Third, Torts: Product Liability*<sup>10</sup> la cual, en opinión de la doctrina más autorizada, está condicionando ya las decisiones adoptadas por la mayoría de los tribunales norteamericanos<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Y ello a pesar de que, desde la década de los setenta, se han presentado diversas iniciativas para aprobar una Ley federal sobre responsabilidad del fabricante de productos defectuosos. *Vid.*, entre otras, la propuesta de *Products Liability Act* de 1983 (H.R. 2729, 98º Congreso).

<sup>7</sup> *Vid.* J. ZEKOLL, *Am. J. Com. L.*, vol. 50, pp. 137-138.

<sup>8</sup> El *American Law Institute* fue creado en 1923 con el objetivo de clarificar, simplificar y mejorar el *common-law*. El Instituto está formado por unos tres mil miembros, elegidos entre más de un millón de abogados, jueces y académicos norteamericanos. A pesar de que esta fuente del Derecho resulta extraña para un jurista continental, lo cierto es que los *Restatements* elaborados por ALI gozan de gran prestigio en los EE.UU. y suelen tener gran influencia sobre las iniciativas legislativas y las decisiones judiciales que se adoptan en los diversos campos examinados. Para entender mejor el proceso de elaboración de los dictámenes *vid.*, entre otros, S. ABRAHAMSON, "Refreshing institutional memories: Wisconsin and the American Law Institute", *Wis. L. Rev.*, vol. 60, 1995, p. 1 y ss.; y H. LINDE, "Courts and Torts: "public policy" without public politics?", *Val. U. L. Rev.*, vol. 48, 1994, p. 821 y ss.

<sup>9</sup> *Vid.*, por todos, H. SILVERGLATE, "Products Liability: the tension between product design and product warnings", *Florida Bar J.*, vol. 75, 2001, nota 1.

<sup>10</sup> REST 3d TORTS-PL s 2, 1998 WL 1032597. Un resumen del exhaustivo informe original de 382 páginas, puede consultarse en el *web site* del *American Law Institute* (<http://www.ali.org>). Para una visión general del mismo *vid.*, en la doctrina, V. SCHWARTZ, "The Restatement (Third) of Torts: Products liability: A guide to it's highlights", *Tort & Insurance L. J.*, vol. 34, 1998, pp. 86-87.

<sup>11</sup> A diferencia de las versiones anteriores, que consistían en un solo artículo acompañado de un breve comentario, el *Restatement Third* de 1997 cuenta con veintinueve preceptos objeto de un extenso comentario doctrinal que, como afirman J. HENDERSON y A. TWERSKI ("The products liability restatement in the courts: an initial assessment", *Wm. Mitchel L. Rev.*, vol. 27, 2000, p. 8), han sido en general bien recibidos por parte de los tribunales.

## 2.2. Teorías sobre la responsabilidad por productos

En los Estados Unidos, las reclamaciones por productos encuentra su fundamento legal en distintas teorías de origen jurisprudencial: por un lado, la doctrina de la negligencia (*negligence*), característica de los litigios de responsabilidad civil (*torts*) y, por otro, la doctrina de la responsabilidad estricta, que tiene su origen en el Derecho contractual. Dentro de esta segunda categoría suele distinguirse una responsabilidad estricta por violación de una garantía implícita del fabricante (*implied warranty*) o bien una responsabilidad estricta en sentido propio, basada en la idea de que el fabricante debe asumir los riesgos causados por sus productos defectuosos (*strict liability*). Veamos a continuación con más detalle en qué consisten estas tres construcciones jurisprudenciales.

### 2.2.1. Negligence

En la génesis de las normas sobre responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos se encuentra el concepto de negligencia, en cuya virtud se entiende que deben indemnizarse los daños causados por la conducta negligente o culposa de una persona. El principal inconveniente que plantea esta doctrina es que la responsabilidad del fabricante sólo surge en caso de que el defecto haya sido causado por una conducta negligente del mismo, es decir, si la elaboración del producto defectuoso no se había ajustado a las pautas que razonablemente se le podían exigir a un productor en similares circunstancias. En el supuesto de que el consumidor —la parte generalmente débil en el juicio— no consiga demostrar que el fabricante ha realizado una actividad que no se ajusta a las pautas razonables de la industria, el tribunal desestimará su reclamación<sup>12</sup>.

### 2.2.2. Implied Warranty

A medida que la modernización de la economía fue restringiendo las posibilidades de reclamar al fabricante por negligente, los consumidores perjudicados buscaron otros fundamentos jurídicos para apoyar sus reclamaciones. Los tribunales norteamericanos acudieron entonces a otro concepto clásico del *common law* —el de garantía— que no exige como presupuesto la existencia de una conducta negligente<sup>13</sup>. De acuerdo con esta teoría, se entiende que el fabricante que vende su producto asume una garantía implícita de su seguridad, de modo que si posteriormente el producto causa daños al cliente éste puede hacer uso de la garantía y reclamar una indemnización. La doctrina de *implied warranty* tiene un origen estrictamente contractual y su principal limitación estriba en que la responsabilidad

---

<sup>12</sup> En sentido estricto, la doctrina de la *negligence* exige probar el defecto en el producto y que éste fue causado por la conducta negligente del fabricante. Como señala D. OWEN (“Manufacturing defects”, *S. C. L. Rev.*, vol. 53, 2002, pp. 860-61) dada la dificultad que entraña probar la conducta culposa, algunos tribunales desarrollaron una versión más flexible de la doctrina que permite presumir la existencia de negligencia en aquellos casos en los que la parte demandante consigue probar el defecto causante del daño.

<sup>13</sup> La teoría de la garantía implícita tiene su origen en la jurisprudencia de los jueces británicos, quienes ya la empleaban con anterioridad al establecimiento de las colonias americanas. *Vid.* W. PROSSER, “The implied warranty of merchantable quality”, *Minn. L. Rev.*, vol. 27, 1943, p. 118 y ss.



del fabricante se circunscribe a aquella persona con la que contrató, excluyendo por tanto a otros posibles usuarios finales del producto<sup>14</sup>.

La conocida sentencia *McPherson v. Buick Motor* de 1917 declaró que cuando un fabricante introduce en el comercio un producto peligroso, debe responder de los daños que cause a los destinatarios finales —a pesar de la ausencia de una relación contractual— siempre y cuando hubiera podido prever razonablemente tanto el daño que se iba a causar, como quién sería el destinatario del producto<sup>15</sup>.

### 2.2.3. *Strict liability*

En 1962, el Tribunal Supremo de California completó esta evolución jurisprudencial al señalar, en el célebre caso *Greenman v. Yuba Power Product, Inc.*, que debía imponerse al fabricante de productos defectuosos una responsabilidad estricta, independiente de la existencia de culpa o de una relación contractual entre las partes<sup>16</sup>. La doctrina de la *strict liability* tuvo inmediatamente un gran éxito en el país, siendo recogida tanto en las sentencias de otros tribunales, como en las leyes aprobadas por las cámaras legislativas estatales<sup>17</sup>.

El fundamento de la responsabilidad estricta radica en proteger a la parte débil en el litigio —a quien se le permite librarse de la dura carga de probar la culpa del fabricante<sup>18</sup>— y garantizar las legítimas expectativas de los consumidores acerca de la integridad y seguridad de los productos<sup>19</sup>. Además, dicha doctrina pretende asegurar que los daños recaigan sobre quien se encuentra en mejor posición para soportar las pérdidas económicas causadas por su actuación; el fabricante siempre puede contratar un seguro para cubrir esta eventualidad o recurrir al auto-seguro mediante

<sup>14</sup> *Vid.* W. PROSSER/P. KEETON (*Prosser Keeton on the law of torts*, 5ª Ed., St. Paul, West Group, 1984, § 96) quienes ponen de relieve que desde los orígenes de la doctrina en el siglo XIX, la jurisprudencia mayoritaria ha venido sosteniendo que la falta de vínculo contractual constituye un límite para la reparación de los daños de acuerdo con la teoría de la *implied warranty*. No obstante, tampoco cabe desconocer que algunos tribunales permiten extender la protección de la garantía implícita también a quienes no han mantenido una relación contractual con el vendedor. *Vid.*, en este sentido, Note, “End-user may obtain breach of implied warranty action against manufacturer although privity lacking and manufacturer’s contract with OEM disclaimed warranties”, *Computer Law*, vol. 4, núm. 7, 1990, p. 30; y A. NOGAY, “Enforcing the rights of remote sellers under the UCC: warranty disclaimers, the implied warranty of fitness for a particular purpose and the notice requirement in the nonprivity context”, *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 47, 1986, p. 882 y ss.

<sup>15</sup> 111 N.E. 1050 (N.Y., 1916). El reconocimiento de las dificultades que suponía para los consumidores el requisito del vínculo contractual llevó al Tribunal Supremo del Estado de Nueva York a abandonar este presupuesto en los litigios basados en la doctrina de la *implied warranty*. Esta célebre sentencia supuso, a su vez, el punto de partida para el abandono de la ficción de que existía una garantía implícita entre fabricante y consumidores, y la aceptación la doctrina de la responsabilidad estricta.

<sup>16</sup> 377 P. 2d 897 (Cal., 1962). Sobre el abandono de la exigencia de una relación contractual entre el fabricante y el consumidor perjudicado, resulta obligada la consulta de los trabajos realizados por el prestigioso profesor W. PROSSER, ponente del *Restatement (Second) of Torts*, publicados en *Yale L.J.*, vol. 69, 1960, p. 1099 y ss. (“The assault upon the citadel [Strict liability to the consumer]”) y *Minn. L. Rev.*, vol. 50, 1966, p. 791 y ss. (“The fall of the citadel [Strict liability to the consumer]”).

<sup>17</sup> *Vid.*, entre otros, WHITEHEAD/S. KERWIN, “A foreign manufacturer’s guide to American Products Liability Law, trends and prevention”, *Products Liability L. J.*, vol. 4, 1993, p. 187.

<sup>18</sup> En este sentido, resultan significativas las palabras de D. OWEN (“Products liability: Principles of justice for the 21st Century”, *Pace L. Rev.*, vol. 11, 1990, p. 68) quien sostiene que la doctrina se apoya en una justa preocupación porque las víctimas no pierdan su derecho a una indemnización.

<sup>19</sup> *Vid.* LITTLE, “The place of consumer expectations in products liability actions for defectively designed products”, *Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994, p. 1203-04; y M. SHAPO, “In search of the Law of products liability: the ALI Restatement Project”, *Vand. L. Rev.*, vol. 48, 1995, p. 666.

el incremento final del precio final que pagan todos los consumidores<sup>20</sup>. *Last, but not least*, este riguroso régimen de responsabilidad constituye un poderoso incentivo para que el fabricante trate de fabricar productos cada vez más seguros y, de este modo, reducir las pérdidas que entrañan los productos defectuosos para la economía<sup>21</sup>.

La doctrina de la responsabilidad estricta ha sido codificada por el *American Law Institute* en su *Third Restatement of Torts*, según el cual se entiende que quien vende un producto defectuoso y, por tanto, crea un riesgo “más allá de lo razonable” para los consumidores, es responsable de los daños tanto materiales como personales que les cause. La responsabilidad del fabricante es independiente de que haya habido una conducta negligente por su parte de modo que, aunque demuestre que actuó con el cuidado debido, no queda exonerado de responder de los perjuicios ocasionados por sus productos<sup>22</sup>.

En la actualidad, las distintas doctrinas legales examinadas coexisten en numerosos Estados mientras que, en otros, las reclamaciones por conductas negligentes y responsabilidad estricta se han fusionado en una única *cause of action*<sup>23</sup>. En principio, podría extrañar la subsistencia de reclamaciones con apoyo en la negligencia del fabricante, dado que éstas entrañan mayores dificultades probatorias para la parte demandante. Pero tales demandas tienen su razón de ser en que una sentencia condenatoria de un fabricante por negligente suele abrir el camino para exigir daños punitivos y multiplicar así el valor de la hipotética indemnización<sup>24</sup>. Por su parte, la doctrina de la garantía implícita se encuentra hoy reconocida expresamente en el Código de Comercio Uniforme<sup>25</sup> y se utiliza —fundamentalmente— para reclamar la indemnización de los daños causados en el propio producto adquirido<sup>26</sup>.

Pese a la subsistencia de las tres teorías antes citadas, la mayor parte de las reclamaciones por daños causados por productos defectuosos se tramitan de acuerdo con la doctrina *strict liability*, cuyos elementos principales se exponen a continuación.

<sup>20</sup> Cfr., por ejemplo, *Escola v. Coca-Cola Bottling Co. Of Fresno*, 150 P. 2d 436 (Cal. 1944).

<sup>21</sup> Vid. el comentario al *Restatement Third of Torts* elaborado por el *American Law Institute*. Sobre los fundamentos teóricos e ideológicos de esta doctrina vid., con carácter general, D. OWEN, “The moral foundations of products liability Law: toward first principles”, *Notre Dame L. Rev.* vol. 68, 1993, p. 427 y ss.) y la relación de autores que se citan en la nota 9.

<sup>22</sup> Vid. *Restatement (Third) of Torts*, § 1.

<sup>23</sup> Como señalan J. HENDERSON/A. TWERSKI (“Achieving consensus on defective product design”, *Cornell L. Rev.*, vol. 83, 1998, p. 918), siempre que se cumplan los requisitos del artículo 2 del *Restatement* (fundamentalmente que exista un defecto en el producto), la parte demandante puede elegir entre basar sus demandas en las doctrinas de la negligencia, la garantía implícita o la responsabilidad estricta. Vid., en parecidos términos, W. KEETON, “The meaning of defect in products liability Law—a review of basic principles”, *Mo. L. Rev.*, vol. 45, 1980, pp. 585-88).

<sup>24</sup> Vid. J. ZEKOLL, *Am. J. Com. L.*, vol. 50, p. 121.

<sup>25</sup> Como es sabido, en los Estados Unidos no existe un verdadero Código de Derecho Mercantil Federal, dado que históricamente la regulación de las transacciones comerciales se ha dejado en manos de los Estados. En estos términos, el *Uniform Commercial Code* (UCC) carece de fuerza vinculante para los Estados de la Unión y su única fuerza se deriva del compromiso de los Estados de adoptarlo como ley estatal, si bien sometido a cuantas modificaciones estimen oportunas. Sobre este particular, vid. en la doctrina española el estudio preliminar y traducción de J. M. GARRIDO, *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

<sup>26</sup> Además, como señala D. OWEN (*S. C. L. Rev.*, vol. 53, 2002, p. 863), la teoría de la garantía implícita también se utiliza para reclamar toda clase de daños en aquellos Estados —como Delaware, Massachusetts o Michigan— en los que todavía no se ha adoptado la doctrina de la *strict liability*.

### 2.3. Principios aplicables a la responsabilidad estricta

#### 2.3.1. Legitimación activa

La legitimación activa para reclamar la responsabilidad estricta del fabricante por los vicios de sus productos corresponde no sólo a quien adquirió los bienes directamente de él, sino también a quien los utiliza y resulta perjudicado (*bystander*). Como se ha señalado, la doctrina de la *strict liability* constituye el fruto de la evolución de las teorías de la negligencia y de la garantía implícita, a las que se les fue despojando progresivamente de la exigencia de una conducta negligente, de un lado, y de una relación contractual, de otro. Por lo tanto, hoy puede reclamar al fabricante todas las personas perjudicadas por el producto defectuoso, con independencia de que exista o no vínculo contractual<sup>27</sup>.

#### 2.3.2. Legitimación pasiva

La responsabilidad por los daños causados por un producto defectuoso recae no sólo en la empresa que lo fabricó, sino también en las entidades que intervinieron en el proceso de distribución, ya sea como mayoristas o minoristas<sup>28</sup>. La extensión de la responsabilidad a los distribuidores constituye una garantía para los consumidores quienes, ante la dificultad de identificar al fabricante, pueden dirigirse directamente contra la persona que les vendió el producto. Además, se estima que esta responsabilidad actúa como un incentivo para que los distribuidores presionen a los fabricantes para que elaboren productos cada vez más seguros<sup>29</sup>.

Los distribuidores que se tengan que hacer cargo de la indemnización podrán ejercitar una acción de regreso contra el fabricante que elaboró los productos defectuosos. En la práctica, no obstante, el elevado coste de los litigios en el país norteamericano supone un grave impedimento para que los distribuidores recuperen efectivamente lo que pagaron en concepto de indemnización. Por este motivo, numerosos Estados han aprobado normas que limitan la responsabilidad del distribuidor a aquellos supuestos en los que haya actuado negligentemente<sup>30</sup>.

La doctrina de la responsabilidad estricta se aplica únicamente a quienes se dedican a la fabricación y venta al público de bienes para el consumo, lo cual excluye a las personas que venden ocasionalmente algún producto. En estos casos —*v.gr.* la venta de un coche particular— se aplican las reglas generales de la responsabilidad civil<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Vid. *supra* los puntos 2.2.1 y 2 de este trabajo.

<sup>28</sup> Cfr. *Restatement (Third) of Torts*, § 1.

<sup>29</sup> Vid., entre otros, *Vandermark v. Ford Motor Co.*, 391 P. 2d 168 (Cal. 1964).

<sup>30</sup> Además, otros Estados han aprobado normas que establecen una responsabilidad subsidiaria del distribuidor, quien responde sólo en caso de que el fabricante no haya sido encontrado o resulte insolvente (vid. J. HENDERSON/A. TWERSKI, *Wm. Mitchell L. Rev.*, vol. 27, 2000, p. 9). Diversos estudios empíricos ponen de manifiesto que en la actualidad, como consecuencia de la aprobación de estas legislaciones estatales, sólo en un 5% de los casos de responsabilidad por productos se demanda también al distribuidor. Vid. W. PROSSER/J. WADE/V. SCHWARTZ, *Cases and Materials on Torts*, 10ª Ed., Westbury, Foundation Press, 2000, p. 788.

<sup>31</sup> Vid. S. SILIN, "Understanding (and preserving) Strict Products Liability", *Maine B. J.*, vol. 13, 1998, p. 13, quien señala que es preciso que la captación de la clientela se lleve a cabo mediante una actividad comercial.

Uno de los aspectos más problemáticos que plantea, en la actualidad, la legitimación pasiva en esta clase de litigios guarda relación con la fiebre de adquisiciones de empresas que ha caracterizado a la economía norteamericana de este final de siglo. La ola de fusiones y adquisiciones puede tener efectos positivos en términos de ahorro de costes y consecución de economías de escala, pero obliga a cuestionarse si la empresa adquirente responde de las reclamaciones presentadas contra la empresa adquirida. Ésta no es una cuestión baladí pues ya hemos visto que, en numerosas industrias, el montante de las indemnizaciones por daños causados por productos puede ser elevadísimo, hasta el punto de llegar a cuestionar la pervivencia de las empresas. Aunque el principio general es que el adquirente responde de las deudas de la entidad adquirida, con el fin de facilitar las adquisiciones de participaciones entre empresas, el *American Law Institute* ha elaborado una reglas que permiten excluir la transmisión de la responsabilidad en ciertos supuestos<sup>32</sup>.

### 2.3.3. *Concepto de producto defectuoso*

La doctrina de la responsabilidad estricta vincula el nacimiento de la responsabilidad del fabricante a la existencia de un defecto en su producto del que se deriva un daño a quién lo utiliza<sup>33</sup>. Por lo tanto, esta teoría legal exige determinar, en primer término, qué se entiende por producto defectuoso.

La jurisprudencia ha venido empleando dos criterios legales para tratar de determinar cuándo se cumple este presupuesto de la responsabilidad del fabricante. De acuerdo con la postura tradicionalmente más arraigada, denominada de las expectativas de los consumidores, se entiende que un producto es defectuoso cuando causa un daño que no podría haber sido previsto por un consumidor con un conocimiento normal del producto<sup>34</sup>. En segundo término, los tribunales estadounidenses también utilizan el test del riesgo-utilidad que requiere comparar el peligro que representa de hecho un producto, con las ventajas que se derivan de

---

<sup>32</sup> En particular, el *Restatement (Third) of Torts* (§ 12) dispone que la empresa adquirente responderá de los daños causados por su antecesora siempre que se den alguna de las circunstancias siguientes: a) la entidad compradora se haya comprometido expresamente a hacerlo; b) la adquisición se realice fraudulentamente con el fin de eludir la responsabilidad; c) la adquisición entrañe una fusión entre las dos entidades; o d) la empresa resultante actúe simplemente como una continuadora de su predecesora. Sobre los distintos criterios empleados históricamente por la jurisprudencia para evaluar la responsabilidad de la empresa adquirente, *vid.* R. CUPP Jr., “Redesigning successor liability”, *U. Ill. L. Rev.*, 1999, p. 845 y ss.).

<sup>33</sup> “Aquellos que se dedican al negocio de vender o distribuir en cualquier forma (...) están sujetos a responsabilidad por los daños que inflijan a las personas o sus propiedades como consecuencia de un defecto en el producto”, *Restatement (Third) of Torts*, § 1.

<sup>34</sup> En suma, un producto es defectuoso cuando “crea un peligro que va más allá de lo que podría esperar el consumidor ordinario que lo adquiere, quien tiene el conocimiento normal en la comunidad acerca de sus características” (*Restatement [Second] of Torts*, § 402A [1965]). Por lo tanto, de acuerdo con esta teoría debe compararse el efecto causado por el producto, con las expectativas del mismo que legítimamente podría tener un consumidor medianamente informado. Cuando el producto defrauda esas expectativas, el Ordenamiento establece la responsabilidad del fabricante con independencia de que haya sido o no negligente. Tal y como nos explica J. PHILLIPS, (“Consumer expectations”, *S. C. L. Rev.*, vol. 53, 2002, p. 1049 y ss.), las dos principales objeciones que suelen plantearse frente al citado criterio son las siguientes: 1) es ineficaz con los riesgos evidentes de los productos, toda vez que el cliente debería haberlos previsto y, 2) no funciona con los peligros complejos, respecto de los cuales el consumidor ordinario no tiene expectativas legítimas.

su utilización; el producto se considera defectuoso cuando los riesgos son mayores que la utilidad del mismo<sup>35</sup>.

El Tercer *Restatement of Torts* ha adoptado una novedosa definición de producto defectuoso al distinguir tres clases de vicios de los productos —defectos de fabricación, de diseño y de información— a cada una de las cuales le corresponde un test de legalidad diferente<sup>36</sup>. La nueva política del *American Law Institute* se justifica por el convencimiento de que no es posible adaptar las mismas pautas para examinar todos los defectos de producto, dadas las limitaciones que presenta el criterio de las expectativas de los consumidores cuando se aplica a los errores relativos al diseño o información del producto<sup>37</sup>. Veamos a continuación en qué consisten las clases de defectos citadas y cuáles han de ser los criterios para determinar si el producto es defectuoso.

En primer lugar, se entiende que el *defecto de fabricación* ocurre cuando un producto se desvía de su diseño original pese a que el fabricante ha puesto la diligencia debida en su fabricación; es decir, esta clase de defectos se dan en aquellos productos que han sido diseñados correctamente, pero se ha producido un error en su elaboración<sup>38</sup>. El criterio que debe emplear la jurisprudencia para determinar si tal defecto existe es el de las expectativas de los consumidores: se entiende que existe un defecto cuando el producto causa un daño que no podría haber previsto por una persona con un conocimiento normal del mismo<sup>39</sup>.

En segundo término, se estima que ha existido un *defecto de diseño* cuando el daño derivado del producto podría haberse reducido o evitado mediante la adopción de un diseño alternativo razonable; se estima que es la omisión de esta alternativa lo que convierte al producto en peligroso más allá de lo admisible<sup>40</sup>. En estas situaciones, el juez debe acudir a al criterio del riesgo-utilidad, el cual exige determinar en primer lugar si existía una alternativa razonable al producto y, en segundo término,

<sup>35</sup> *Vid.*, entre otros, *Stanley v. Schiavi Mobile Homes, Inc.*, 462 A.2d 1144, 1148 (Me., 1983). Al respecto, los autores ponen de manifiesto la trascendencia que tiene la elección de uno u otro criterio pues, como señala D. LEEBRON (“An introduction to products liability: origins, issues and trends”, 1990 *Ann. Surv. Am. L.*, 1991, p. 403) “en el test del riesgo-utilidad, por ejemplo, el demandante debe demostrar generalmente que existe un diseño alternativo que hubiese hecho el producto más seguro y le habría evitado las lesiones sufridas. Por el contrario, según el criterio de las expectativas legítimas, la parte demandante normalmente no tiene que presentar ninguna evidencia de que el producto podría haber sido fabricado de un modo diferente y más seguro”.

<sup>36</sup> Como señala J. ZEKOLL (*Am. J. Com. L.*, vol. 50, 2002, pp. 123-24), desde una perspectiva económica los defectos de diseño y de información resultan más gravosos para el fabricante que los relativos a la fabricación dado que mientras que estos últimos suelen afectar sólo a una unidad de producto determinada, los defectos de diseño y de información se extienden a toda la gama de productos, lo cual multiplica exponencialmente el número de afectados y la cuantía de las hipotéticas indemnizaciones.

<sup>37</sup> Los defectos de diseño no pueden determinarse por remisión a los criterios de elaboración del fabricante, porque son precisamente éstos los que el demandante considera injustificados. Tampoco es posible establecerlos con referencia a las expectativas de los clientes, porque en estos casos el carácter defectuoso no está en función de cuáles eran esas expectativas, sino que depende de un juicio de valor sobre las ventajas y desventajas de las posibles alternativas. Por lo tanto, la doctrina señala que en estos casos es preciso acudir al *risk-utility balancing test*, que excede de las valoraciones propias del *consumer expectations test*. *Vid.* el comentario al *Restatement (Third) of Torts*, § 2. *Vid.* el comentario que acompaña al *Restatement (Third) of Torts*, § 2.

<sup>38</sup> *Restatement (Third) of Torts*, § 2 (a).

<sup>39</sup> *Vid.* el comentario al *Restatement (Third) of Torts*, § 2.

<sup>40</sup> *Restatement (Third) of Torts*, § 2 (b).

si con dicha alternativa se hubiera garantizado mayor seguridad del producto a un coste razonable y sin reducir la utilidad del mismo<sup>41</sup>.

Finalmente, por *defecto de información* se entiende la ausencia en el producto de etiquetas con advertencias o instrucciones acerca de los riesgos previsibles vinculados a la utilización del mismo. El criterio empleado en estos casos también entraña un juicio valorativo sobre la política informativa del fabricante, pues se exige establecer si el riesgo que cabe esperar del producto, podría haberse reducido o evitado mediante la colocación de advertencias o instrucciones razonables<sup>42</sup>.

Como ha puesto de manifiesto un relevante sector de la doctrina norteamericana, los nuevos métodos empleados por el ALI para determinar si ha existido un defecto de diseño o de información —basados en el *risk—utility test*— introducen en los litigios por productos defectuosos nociones típicas de la doctrina de la negligencia. Así, por ejemplo, en un caso de defecto de diseño, para decidir si existían alternativas razonables a la opción elegida, es preciso realizar un juicio de valor sobre las distintas opciones que tenía el fabricante y las motivos —justificados o no— que le llevaron a decantarse por una sobre las demás<sup>43</sup>. Por esta razón, los autores estiman que el *Tercer Restatement* entraña un alejamiento de la doctrina tradicional de la responsabilidad estricta —centrada en el producto— y un acercamiento a las nociones clásicas de la negligencia —en torno a la conducta censurable del fabricante<sup>44</sup>—.

#### 2.3.4. *Daño indemnizable*

La responsabilidad estricta del fabricante cubre tanto los daños físicos, como los daños materiales causados a los usuarios de productos defectuosos. Quedan excluidos, no obstante, los daños sufridos por el propio producto defectuoso, los cuales deberán ser reclamados según las reglas que rigen la responsabilidad contractual<sup>45</sup>.

La indemnización del daño alcanza tanto al daño emergente, como al lucro cesante. En ocasiones, los jurados encargados de decidir sobre la existencia o no de responsabilidad del fabricante pueden condenarle también a pagar daños punitivos

<sup>41</sup> Vid. el comentario al *Restatement (Third) of Torts*, § 2.

Vid., por todos, R. RUTHERFORD, “Changes in the landscape of products liability Law: an analysis of the *Restatement (Third) of Torts*”, *J. Air L. & Commerce*, vol. 63, 1997, p. 232 y ss.

<sup>42</sup> *Restatement (Third) of Torts*, § 2 (c). Además, también se considera que existe un defecto de esta clase cuando el fabricante no advierte de los riesgos asociados inevitablemente a la utilización del producto —v.gr. consumo de tabaco—, pues sin dicha información el consumidor no pudo hacer una elección razonada sobre el producto. Vid. *Finn v. G. D. Searle & Co.*, 677 P.2d 1147 (Cal. 1984).

<sup>43</sup> Vid., por todos, A. AWAD (“The concept of defect in American and English products liability discourse: despite strict liability linguistics, negligence is back with a vengeance”, *Pace Int. L. Rev.*, vol. 10, 1998, p. 275 y ss.) quien sostiene que a pesar de la aceptación teórica de la doctrina de la *strict liability* en los Estados Unidos, el examen de la jurisprudencia norteamericana pone de manifiesto que, en la práctica, se está produciendo un retorno a la utilización de los criterios tradicionales de la doctrina de la negligencia.

<sup>44</sup> Así lo reconocen los propios redactores del ALI en el comentario que acompaña al artículo 2 del *Restatement*: “el criterio legal (empleado para los defectos de diseño) también se utiliza para enjuiciar si (una conducta) es razonable en los casos de negligencia”.

<sup>45</sup> Vid. *supra* el punto 2.2.3 del presente trabajo.

(*punitive damages*)<sup>46</sup>. Los criterios para imponer este tipo de indemnización no compensatoria distan de ser uniformes entre las diferentes jurisdicciones. En todo caso, cabe afirmar que pueden imponerse daños punitivos cuando se reclama con apoyo en la doctrina de la negligencia<sup>47</sup> e, incluso, aún aplicando la doctrina de la *strict liability* siempre que el jurado llegue a la conclusión de que la conducta del fabricante resulta especialmente reprobable<sup>48</sup>.

En la actualidad, numerosos Estados han aprobado leyes que fijan una cuantía máxima para la indemnización compensatoria o los daños punitivos que le corresponde pagar al fabricante. Sin embargo, tales máximos deben fijarse en una cuantía razonable dado que, en caso contrario, los tribunales pueden declararlos inconstitucionales porque violan el derecho a la igualdad o el derecho a un juicio con jurado, que es la institución encargada de resolver sobre el importe de la indemnización<sup>49</sup>. Por otra parte, el Tribunal Supremo ha declarado que también puede ser inconstitucional la tendencia contraria, es decir, imponer indemnizaciones no compensatorias demasiado elevadas, porque vulneran el derecho a un juicio justo<sup>50</sup>.

Por último, debe señalarse que, en la práctica, la imposición de daños punitivos no es tan frecuente como pudieran dar a entender los medios de comunicación social. En efecto, los diversos estudios existentes cifran por debajo del diez por ciento el porcentaje de juicios en los que se impone efectivamente una indemnización no compensatoria<sup>51</sup>. Sin embargo, el montante de las indemnizaciones sigue siendo

<sup>46</sup> La indemnización por daños punitivos estaba tradicionalmente reservada a las causas fundadas en la doctrina de la negligencia. En la actualidad, los tribunales y la doctrina se encuentran divididos acerca de la conveniencia de extender este remedio a los litigios en los que se aplica la responsabilidad estricta, pues si bien es cierto que los daños punitivos permiten a más personas asumir el coste de demandar a fabricantes sin escrúpulos, no lo es menos que la generalización de este remedio puede llevar a muchas empresas a la quiebra. *Vid.* la relación de autores partidarios y detractores de los daños punitivos elaborada por N. RODDY ("Punitive damages in strict liability litigation", *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 23, 1981, nota 6).

<sup>47</sup> *Vid. supra* el punto 2.2.1 de este trabajo.

<sup>48</sup> Como señala N. RODDY (*Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 23, 1981, p. 359-60), no existen unas reglas claras que permitan establecer *a priori* en qué casos se imponen daños punitivos. Un examen de la jurisprudencia permite concluir que suele imponerse una indemnización no compensatoria a aquellos fabricantes que, a pesar de ser conscientes de los riesgos que entrañaban sus productos, decidieron ponerlos a la venta sin tomar las medidas necesarias para reducir dicho riesgo o advertir a los consumidores. Por ejemplo, en *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (174 Cal. Rptr. 348 [Cal., 1981]) el tribunal condenó al fabricante de coches porque sabía que el tanque de gasolina podía explotar en colisiones traseras; o en *Gryc v. Dayton-Hudson Corp.* (297 N.W.2d 727 [1980]) se concedieron daños punitivos porque el fabricante era consciente de que su producto, utilizado en la elaboración de ropa de cama para niños, era altamente inflamable.

<sup>49</sup> Dichos límites pueden referirse, en ocasiones, a algunos tipos de reclamaciones en particular —*v.gr.* errores médicos—, mientras que en otros Estados se establecen con carácter general para todas las reclamaciones. Además, en algunos Estados —aunque no se señalan topes máximos— se exige a la parte demandante requisitos de prueba más estrictos antes de conceder una indemnización punitiva. Sobre las restricciones legales impuestas por los Estados *vid.*, por todos, D. DOBBS, *The law of Torts*, St. Paul, West Group, 2000, pp. 1071-75.

<sup>50</sup> *Vid. BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). De acuerdo con esta importante sentencia del Alto Tribunal, el examen de constitucionalidad de los daños punitivos impuestos por un jurado requiere, en primer lugar, identificar el interés estatal que persigue la indemnización concedida (p. 568) y, en segundo término, establecer si la indemnización resulta "claramente excesiva" en comparación con el citado objetivo estatal (p. 574).

<sup>51</sup> *Vid. GALANTER*, "Real world torts: an antidote to anecdote", *Md. L. Rev.*, vol. 55, 1996, p. 1129 y ss. En todo caso, la posibilidad de obtener *punitive damages*, constituye una poderosa herramienta negociadora en manos de la parte demandante para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial sobre el montante de la indemnización. Así pues, en la práctica los daños punitivos tienen una influencia mayor de la que realmente reflejan los datos sobre los casos concluidos mediante sentencia judicial, porque contribuyen a elevar el importe de los pactos extrajudiciales.

elevado en los Estados Unidos porque los jurados suelen ser generosos a la hora de conceder indemnizaciones compensatorias de los daños y perjuicios sufridos<sup>52</sup>.

### 2.3.5. *Causas de exoneración de la responsabilidad*

La doctrina de la responsabilidad estricta hace responsable al fabricante de los defectos de sus productos, con independencia de que su conducta haya sido negligente o no. En otras palabras, el fabricante demandado no puede basar su defensa en el hecho de que actuó con la diligencia debida dado que la responsabilidad no depende del juicio negativo que merece su conducta, sino del hecho “objetivo” del defecto del producto. De aquí no se sigue que el fabricante no disponga de ningún argumento para tratar de justificar su conducta. Antes al contrario, los tribunales y parlamentos estatales han elaborado distintas teorías legales que permiten al fabricante exonerarse de su responsabilidad<sup>53</sup>.

*a. Conocimiento del defecto.* El fabricante del producto no puede basar su defensa en el hecho de que desconocía la existencia de un defecto pues, como reiteradamente hemos afirmado, en los litigios basados en la doctrina de la *strict liability* la responsabilidad del fabricante es independiente del grado de reproche que merezca su conducta. Sin embargo, en la mayoría de los Estados se reconoce como atenuante de la responsabilidad el hecho de que el cliente haya continuado utilizando el producto a pesar de que sabía que era peligroso. En definitiva, se admite la compensación de culpas cuando la víctima era consciente del defecto del producto<sup>54</sup>.

*b. Utilización incorrecta o alteración del producto.* Esta causa de atenuación de la responsabilidad implica que el producto no presentaba ningún defecto cuando salió del ámbito de control del fabricante. El vicio ha de aparecer en un momento posterior como consecuencia de una intervención negligente de una tercera persona, ya sea utilizando incorrectamente el producto, ya alterando su composición o forma originaria. No obstante, esta causa opera sólo en aquellos supuestos en los que el fabricante no podía haber previsto razonablemente la actuación incorrecta realizada por el consumidor de sus productos<sup>55</sup>.

*c. State of the Art defense.* Las empresas demandadas según la doctrina de la responsabilidad estricta suelen alegar en defensa de sus productos que éstos fueron elaborados de acuerdo con el *state of the art* vigente en aquel momento. La mayoría de los Estados admiten —con mayor o menor amplitud— esta causa de exoneración, si bien no existe unanimidad a la hora de determinar qué se entiende por *estado*

---

<sup>52</sup> *Vid. infra* el punto 3 de este trabajo.

<sup>53</sup> Como señala D. OWEN (“Products liability restated”, *S. C. L. Rev.*, vol. 49, 1998, p. 287), la principal defensa del fabricante en esta clase de litigios consiste en negar la existencia de un defecto en el producto. Pero aun en el caso de que se demuestre en juicio que el defecto existía, la jurisprudencia ha ido señalando algunas circunstancias que permiten atenuar o incluso excluir la responsabilidad.

<sup>54</sup> Así, en *Austin v. Raybestos-Manhattan, Inc.* (471 A.2d 280, 283-84 (Me., 1984), un tribunal del Estado de Maine declaró que el hecho de que el cliente no se hubiese dado cuenta del defecto no exoneraba de responsabilidad al fabricante. Antes al contrario, la negligencia del cliente sólo debía tenerse en cuenta si “voluntaria e injustificadamente se enfrenta a un daño conocido”.

<sup>55</sup> *Vid. Restatement (Third) of Torts* § 17.



de la técnica; suele hablarse en este sentido de los usos de la industria o de los conocimientos técnicos más avanzados en una fecha determinada<sup>56</sup>.

Esta línea de defensa tiene gran interés en los casos de *defectos de diseño* —y en algunos supuestos de *defectos de información*— toda vez que el estado de los conocimientos técnicos constituye un elemento fundamental para decidir si existía un diseño alternativo que hubiera garantizado mayor seguridad del producto a un coste razonable. Sin embargo, el *state of the art* es irrelevante en los casos de *defectos de fabricación* en los que no se cuestiona ni la aptitud de los diseños, ni las advertencias empleadas por el fabricante<sup>57</sup>.

d. *Cumplimiento de las normas de seguridad.* La elaboración del producto siguiendo las pautas exigidas por las disposiciones administrativas de seguridad del mismo no constituye, en principio, una causa de exoneración de la responsabilidad del fabricante. Sin embargo, el cumplimiento de este tipo de normas sí se tiene en cuenta para determinar si existía un vicio en el producto<sup>58</sup>.

Por otra parte, de acuerdo con el principio de supremacía del Derecho Federal (*Supremacy Clause*) reconocido en la Constitución norteamericana, algunas normas de seguridad de naturaleza federal pueden hacer inaplicables las normas estatales sobre responsabilidad por productos defectuosos<sup>59</sup>. En tales supuestos, el cumplimiento de las disposiciones federales constituye una garantía absoluta frente a cualquier reclamación basada en las legislaciones estatales<sup>60</sup>.

### 2.3.6. Prescripción y caducidad

La mayoría de los Estados han aprobado normas que establecen plazos de prescripción y caducidad de las acciones para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados por productos defectuosos<sup>61</sup>. Aunque los plazos varían de uno a otro Estado, en la mayoría de las legislaciones estatales se señala un plazo

<sup>56</sup> Vid. *Restatement (Third) of Torts* § 2.

<sup>57</sup> Vid. S. SILIN, *Maine Bar J.*, vol. 13, 1998, pp. 18-19.

<sup>58</sup> Vid. *Restatement (Third) of Torts* § 4 (b). Es más, algunos Estados han aprobado normas que permiten presumir *iuris tantum* que el producto elaborado siguiendo las pautas impuestas por las normas de seguridad imperativas, no es defectuoso.

<sup>59</sup> En la mayoría de los casos, las normas federales no son aprobadas con la intención de derogar los respectivos ordenamientos estatales. Pero cuando así se hace, el resultado es que las demandas basadas en las normas estatales de responsabilidad son desestimadas porque existe una norma federal de rango superior incompatible con aquéllas que trae consigo su inaplicabilidad. Vid. VV.AA., “Recent developments in products, general liability, and consumer law”, *Torts & Ins. L. J.*, vol. 37, 2002, p. 643 y ss.

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, en *Geier v. American Honda Motor Co.*, 120 S. Ct. 1913 (2000), el Tribunal Supremo declaró que no podía imponerse responsabilidad según el Derecho estatal a un fabricante de automóviles que no había instalado airbags laterales en sus coches, porque dicha exigencia resultaba incompatible con el standard más permisivo aprobado por la *National Traffic and Motor Vehicle Safety Act* de ámbito federal. Y lo mismo puede decirse de las normas estatales sobre el etiquetado de cigarrillos pues el Tribunal Supremo ha señalado que las disposiciones federales en esta materia hacen inaplicable cualquier disposición estatal más restrictiva (*Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 121 S. Ct. 404 [2001]).

<sup>61</sup> El establecimiento de plazos de caducidad y prescripción ha sido cuestionado por un sector de la doctrina que entiende que constituyen una barrera arbitraria frente a hipotéticas reclamaciones legítimas de los consumidores perjudicados. Vid., F. KULBASKI III, “Statutes of repose and the post-sale duty to warn: time for a new interpretation”, *Conn. L. Rev.*, vol. 32, 2000, p. 1028 y ss. (quien resume los distintos argumentos presentados frente a esta clase de disposiciones); y J. BAUGHMAN, “The Statute of Repose: Ohio legislators attempt to lock the courthouse doors to product-injured persons”, *Cap. U. L. Rev.*, vol. 25, 1996, p. 671 y ss. (quien revisa, en tono crítico, los antecedentes y la actual normativa aprobada en el Estado de Ohio).

de prescripción de las acciones que comienza a contarse desde el momento en el que cliente conoció o debió haber conocido el defecto del producto. Además, es frecuente que se señale también un plazo de caducidad más largo que impide ejercitar las acciones de responsabilidad, con independencia de que el defecto pudiera haber sido descubierto<sup>62</sup>.

### **3. Principales diferencias con el régimen de responsabilidad por productos defectuosos en España**

Desde un punto de vista sustantivo, la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos está sometida a un régimen más estricto en nuestro país que en los Estados Unidos debido, fundamentalmente, a los distintos criterios legales utilizados para definir el producto defectuoso. En la práctica, no obstante, los litigios contra fabricantes de productos en España son menos frecuentes que en los Estados Unidos, como consecuencia de las ventajas procesales y el elevado montante de las indemnizaciones concedidas por los tribunales de aquel país<sup>63</sup>.

Además, la mayor importancia relativa de esta clase de pleitos en los Estados Unidos se explica por el distinto modo que tenemos europeos y norteamericanos de enfrentarnos al problema de los productos defectuosos. Mientras que en los Estados Unidos los litigios por productos defectuosos constituyen la principal y casi única herramienta en manos del consumidor para recuperar los daños sufridos, en Europa los ciudadanos cuentan con la protección de generosos sistemas de seguridad social que garantizan —en la mayoría de los casos— la reparación de los perjuicios sufridos y evitan el recurso a los tribunales de justicia<sup>64</sup>.

A continuación destacamos, de manera sucinta, las principales diferencias existentes entre el régimen jurídico de las responsabilidades por productos en los Estados Unidos y en España.

---

<sup>62</sup> A pesar de las dudas planteadas al respecto, diversos tribunales estatales han refrendado la constitucionalidad de los *statutes of repose*. Así, por ejemplo, en *McIntosh v. Melroe Co.* (729 N.E.2d 972 [Ind., 2000]) el Tribunal Supremo de Indiana confirmó la constitucionalidad de las normas de ese Estado que señalan un plazo de caducidad de diez años. Esta sentencia ha sido comentada por S. PRINCE, “Right to a remedy and equal protection —product liability statute of repose violated neither the “remedy by due course” provision nor the “equal privileges and immunities” clause of the Indiana Constitution. *McIntosh v. Melroe Co.*, 729 n.e.2d 972 (Ind. 2000), *Rutgers L. Rev.*, vol. 32, 2000, p. 1249 y ss.

<sup>63</sup> Resultan significativas las palabras de HOWELLS y MILDRED (“Is European product liability more protective than the Restatement (Third) of Torts: product liability?”), *Tenn. L. Rev.*, vol. 65, 1998, p. 1029) quienes afirman que “por lo que respecta al Derecho sustantivo, la Directiva comunitaria establece un régimen más estricto. Sin embargo, esto no significa que la responsabilidad por productos sea una fuerza más poderosa en Europa que en los Estados Unidos. Los problemas para acceder al sistema judicial y el bajo nivel general de las indemnizaciones que se conceden en Europa impiden que la responsabilidad por productos haya tenido un impacto mayor”.

<sup>64</sup> Como señala A. BERSTEIN (L’harmonie dissonante: strict products liability attempted in the European Community”, *Va. J. Int’l L.*, vol. 31, 1991, p. 714), “los países comunitarios no emplean el recurso a los tribunales con la función pública que impera en los Estados Unidos: los juicios no persiguen fines sociales”. Por el contrario, en los EE.UU. esta clase de pleitos ofrecen a los consumidores la protección que no es capaz de ofrecerles su sistema económico. *Vid.*, en parecidos términos, E. STEIFEL, Resolution of International products liability claims: an emerging procedural framework”, *Brook. J. Int’l L.*, vol. 16, 1990, p. 272.

a. *Teorías sobre la responsabilidad.* La legislación española adopta un punto de partida coincidente con el sistema norteamericano<sup>65</sup>, al imponer al fabricante una responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva por los daños causados por los productos que no ofrezcan la seguridad que cabría esperar<sup>66</sup>. Por lo tanto, se establece un sistema similar al de la responsabilidad estricta, en cuya virtud la parte demandante debe demostrar el defecto de producto, que éste existía cuando el producto salió de la esfera del fabricante y que el producto le causó un daño mientras lo utilizaba de un modo razonable<sup>67</sup>.

b. *Legitimación activa.* La LRPD no contiene delimitación alguna de los sujetos que pueden beneficiarse del régimen de responsabilidad que establece, refiriéndose a ellos de modo genérico como perjudicados<sup>68</sup>. Por ello, al igual que sucede en los Estados Unidos, el ámbito subjetivo de protección de la Ley se extiende a todo sujeto que haya sufrido un daño como consecuencia del defecto de un producto, con independencia de que exista un vínculo contractual con el fabricante o que pueda ser calificado como consumidor en tanto que destinatario final del producto.

c. *Legitimación pasiva.* En nuestro país, las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos extienden la responsabilidad no sólo al fabricante —ya sea del conjunto del producto o de una parte del mismo—, sino también al vendedor o suministrador y a quien lo haya importado a la Comunidad desde terceros países<sup>69</sup>. Ahora bien, de modo similar a lo que ocurre en el país norteamericano, la responsabilidad de vendedores e importadores es subsidiaria respecto de la del fabricante, de modo que éstos sólo responden si el fabricante del producto no puede ser identificado<sup>70</sup>.

d. *Concepto de producto defectuoso.* La legislación española no distingue clases de defectos de producto, por lo que se utiliza siempre el mismo criterio legal para determinar cuándo existe un vicio en el producto: cuál es la seguridad que el consumidor puede legítimamente esperar del mismo<sup>71</sup>. En estos términos, la definición de producto defectuoso que emplea la LRPD difiere de la que utiliza la doctrina mayoritaria en los EE.UU. la cual —tras el Tercer *Restatement* del ALI— viene

<sup>65</sup> *Vid.*, entre otros, ALBANESE/DEL DUCA, “Developments in European product liability, *Dick. J. Int’l L.*, vol. 5, 1987, p. 195; A. SCHWARTZ, *N. C. J. Int’l L. & Com. Reg.*, vol. 12, 1987, p. 384-85; y M. SHEINWOLD, “International products liability Law”, *Touro J. Transnat’l L.*, vol. 1, 1988, p. 258.

<sup>66</sup> Artículo 1 de la LRPD.

<sup>67</sup> En suma, como señala L. PONTE, (“Guilt by association in United States product liability cases: are the European Community and Japan likely to develop similar cause-in-fact approaches to defendant identification?”), *Loy. L. A. Int’l & comp. L. J.*, vol. 15, 1993, p. 650-51), el sistema norteamericano comparte con el español la idea de que no es necesario demostrar ni la conducta negligente del fabricante, ni la relación contractual entre el fabricante y el usuario perjudicado por un vicio del producto.

<sup>68</sup> Así lo afirma la Exposición de Motivos: “los sujetos protegidos son, en general, los perjudicados por el producto defectuoso, con independencia de que tengan o no la condición de consumidores en sentido estricto”.

<sup>69</sup> Artículo 4 de la LRPD.

<sup>70</sup> *Vid.*, en este sentido, J. ZEKOLL, *Am. J. Com. L.*, vol. 50, 2002, p. 126; y L. PONTE, *Loy. L. A. Int’l & comp. L. J.*, vol. 15, 1993, p. 650. No obstante, la responsabilidad es directa en aquellos supuestos en los que el importador o distribuidor del producto lo introduce en el comercio a sabiendas de la existencia del defecto (Disposición Adicional Única).

<sup>71</sup> Artículo 3 de la LRPD.

entendiendo de forma mayoritaria que es preciso emplear distintos criterios legales según se trata de defectos de fabricación, de diseño o de información<sup>72</sup>.

De esta circunstancia cabe concluir que el sistema empleado por el legislador español para definir el defecto de producto resulta más estricto para los fabricantes que el empleado en el país norteamericano<sup>73</sup>. Como se ha tenido ocasión de exponer, la distinción entre clases de defectos que realiza el Tercer *Restatement* entraña, en parte, un regreso a la doctrina de la negligencia porque obliga a investigar la conducta del fabricante para tratar de determinar si existían alternativas razonables a la opción por él elegida. El empleo de criterios próximos a la responsabilidad por culpa favorece a los empresarios porque se hace depender su condena de la existencia de cierto grado de reproche en su conducta. Por el contrario, el régimen jurídico español hace hincapié únicamente en las condiciones de seguridad del producto, a partir de circunstancias tales como la presentación del producto, el uso previsible del mismo o el grado de seguridad ofrecido por productos de la misma serie<sup>74</sup>.

En definitiva, el sistema español aplica hoy un criterio objetivo en toda clase de defectos, frente al sistema americano que ha abandonado este criterio en los casos económicamente más peligrosos para la industria, como son los defectos de diseño e información. Esta situación ha llevado a un sector de la doctrina a señalar la paradoja que supone el hecho de que la Directiva —y por extensión la Ley española—, se haya decantado por el modelo de la responsabilidad estricta, cuando en la actualidad dicho sistema resulta —en buena medida— minoritario en su país de origen<sup>75</sup>.

*e. Daño indemnizable.* Una de las principales diferencias que existen entre los dos sistemas objeto de nuestro estudio hace referencia a la mayor cuantía de las indemnizaciones que se conceden en los litigios por productos defectuosos en los Estados Unidos.

En nuestro país, la LRPD contempla la indemnización de los daños corporales y los daños materiales causados en cosas distintas del propio producto defectuoso. En relación con los daños materiales, la LRPD establece una franquicia de 65.000 pesetas, de modo que los daños que no alcancen esta cantidad no podrán ser indemnizados conforme a dicha normativa<sup>76</sup>. Además, la Ley española prevé un

<sup>72</sup> *Vid. supra* el punto 2.3.3 de este trabajo.

<sup>73</sup> Al hacer depender la condena del empresario de consideraciones cercanas a la doctrina de la negligencia, el sistema norteamericano actual resulta más favorable para los fabricantes que el modelo español, vinculado al concepto objetivo de las expectativas legítimas de los consumidores. *Vid.* G. HOWELLS/M. MILDRED, *Tenn. L. Rev.*, vol. 65, 1998, p. 1024-25.

<sup>74</sup> Como señala H. TASCHNER (“A different path: consumer expectations in the European Community compared with the ALI Restatement of the Law Third, Torts: products liability”, *ALI-ABA Course of Study*, julio 1999, p. 225) “si el artículo 2 [b] (y [c]) del Tercer *Restatement* determina el carácter defectuoso de un producto en función de (...) la elaboración de un diseño alternativo razonable, éste pretende reintroducir la negligencia como el fundamento de la responsabilidad por productos. Al aplicar el test del riesgo-utilidad para establecer el carácter razonable de ese diseño alternativo, se transfiere del fabricante al usuario el riesgo inherente a un producto no enteramente seguro: “lo siento, no lo hubiera podido fabricar mejor” o “nos hubiera resultado demasiado caro hacerlo”. De acuerdo con nuestro modo de entender la responsabilidad por productos (...) esta idea no sería aceptable en Europa”.

<sup>75</sup> *Vid.* J. HENDERSON/A. TWERSKI, “What Europe, Japan, and other countries can learn from the new American Restatement of products liability”, *Tex. Int'l L. J.*, vol. 34, 1999, p. 2 y ss.

<sup>76</sup> Artículo 10 de la LRPD.

límite máximo de 10.500 millones de pesetas para la indemnización de los daños causados por una misma serie de productos<sup>77</sup>. La legislación especial sobre productos defectuosos no permite imponer indemnizaciones de carácter no compensatorio, de modo similar a lo que ocurre en el régimen general de la responsabilidad civil del Código Civil. Finalmente, debe destacarse que la LRPD no contempla la reparación de los daños morales causados por un producto defectuoso, si bien no cabe excluir que se pueda obtener una indemnización de esta clase de daños acudiendo a las reglas generales de responsabilidad.

En los Estados Unidos, las indemnizaciones por productos suelen ser más elevadas debido, entre otros factores, al posible reconocimiento de daños no compensatorios (*punitive damages*) y a la intervención del jurado en la fijación de la indemnización. Por una parte, las sentencias norteamericanas no se limitan a compensar los daños físicos y materiales ocasionados por un producto defectuoso, sino que pueden incluir también la concesión de daños punitivos a los consumidores lesionados por una conducta particularmente reprochable del fabricante<sup>78</sup>. Por otra parte, el importe de la indemnización suele ser más generoso porque en el país norteamericano esta clase de juicios se resuelven ante un jurado, el cual es competente para decidir sobre la cuantía de las indemnizaciones. Así pues, no debe extrañar que el fabricante reciba una condena superior a la que le correspondería si la decisión hubiera sido adoptada por un técnico en Derecho<sup>79</sup>. Y en relación con los daños morales, debe señalarse que los tribunales estadounidenses suelen ser más receptivos con estas reclamaciones que sus homónimos europeos por lo que, con frecuencia, la condena del fabricante lleva también aparejada una indemnización de los daños morales causados a la víctima<sup>80</sup>.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que —al igual que sucede en nuestro país— algunos Estados norteamericanos han aprobado normas que fijan límites máximos a la cuantía de las indemnizaciones por productos defectuosos<sup>81</sup>.

*f. Causas de exoneración de la responsabilidad.* De acuerdo con el sistema vigente en España, la ausencia de culpa o negligencia en la conducta del fabricante no le exonera de responsabilidad. Ello no quiere decir que el fabricante responda siempre de los daños causados por un producto defectuoso pues, antes al contrario, la LRPD contempla una serie de condiciones que permiten eximirle de responsabilidad. Entre estas circunstancias se encuentran: 1) el defecto no existía cuando se puso en circulación el producto; 2) el producto fue elaborado siguiendo las normas imperativas vigentes; o 3) el estado de los conocimientos científicos y técnicos

<sup>77</sup> Artículo 11 de la LRPD.

<sup>78</sup> *Vid. supra* el punto 2.3.4 de este trabajo. La ausencia de daños punitivos en Europa es vista por los autores como el principal motivo que explica porqué la indemnización por productos se mantiene por debajo de los niveles norteamericanos. *Vid. Note, "The European Community's Products Liability Directive: is the US experience applicable?"*, *Law & Pol'y Int'l Bus.*, vol. 18, 1986, p. 797.

<sup>79</sup> *Vid.*, entre otros, THIEFFRY/VAN DOORN/LOWE, "Strict product liability in the EEC: implementation, practice and impact on U.S. manufacturers of Directive 83/374", *Tort & Ins. L. J.*, vol. 25, 1989, p. 89.

<sup>80</sup> *Vid.* J. DIELMANN, "The European Economic Community's Council Directive on product liability", *Int'l Law.*, vol. 20, 1986, p. 810-11.

<sup>81</sup> *Vid. supra* el punto 2.3.4 de este trabajo.

existentes en el momento de la puesta en circulación del producto no permitían apreciar la existencia del defecto<sup>82</sup>. Además, la Ley permite reducir la responsabilidad del fabricante cuando el consumidor haya actuado negligentemente<sup>83</sup>.

Las causas de exoneración y reducción de la responsabilidad que prevé la LRPD son similares a las que admite la jurisprudencia norteamericana, con la salvedad de la cláusula relativa al cumplimiento de normas imperativas<sup>84</sup>. Ambos sistemas contemplan como causa de exoneración de la responsabilidad los denominados riesgos del desarrollo (*state of the art*), si bien un sector de la doctrina estima que la apreciación de esta cláusula en Europa resulta más estricta que en los Estados Unidos. En efecto, mientras que en España es la parte demandada quien tiene que probar que en el momento de elaborar el producto no existían conocimientos técnicos que le hubieran permitido advertir el error del producto, en el país norteamericano la apreciación del *state of the art* guarda relación con la problemática definición del producto defectuoso y, más concretamente, con la existencia de alternativas razonables al diseño elegido, cuya prueba corresponde a la parte demandante<sup>85</sup>.

*g. Prescripción y caducidad.* La LRPD señala un plazo de prescripción y otro de caducidad de las acciones de indemnización similar a los previstos en numerosas legislaciones estatales de los EEUU<sup>86</sup>. En particular, la Ley española establece un plazo de prescripción de tres años para las acciones de indemnización, que podrá ser interrumpido conforme a las reglas generales del Código Civil. Además, la LRPD establece un plazo de caducidad de diez años a contar desde la puesta en circulación del producto causante del daño<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Artículo 6 de la LRPD.

<sup>83</sup> Artículo 9 de la LRPD.

<sup>84</sup> *Vid.*, WHITEHEAD/S. KERWIN, *Products Liability L. J.*, vol. 4, 1993, p. 195-96.

<sup>85</sup> En torno a esta cuestión, *vid.* el exhaustivo trabajo de G. HOWELLS/M. MILDRED, *Tenn. L. Rev.*, vol. 65, 1998, p. 1024 y ss.

<sup>86</sup> *Vid. supra* el punto 2.3.6 de este trabajo.

<sup>87</sup> Artículo 13 de la LRPD.

---

**La obligación de conformidad:  
hacia una nueva consideración  
del incumplimiento contractual  
en la compraventa**

---

*Fernando Peña López*  
Universidade da Coruña





## **1. Concepto, trascendencia y ámbito jurídico de la obligación de entregar bienes conformes con el contrato en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo**

Como es sabido, la Ley 23/2003, de 10 de julio, de *Garantías en la Venta de Bienes de Consumo* (en adelante LGVBC), no regula más que algunos aspectos relativos al régimen jurídico aplicable a los contratos a los que se refiere. Concretamente, se ocupa de establecer una obligación del vendedor/suministrador, con carácter de Derecho imperativo, consistente en “*entregar al consumidor un bien que sea conforme con el contrato de compraventa en los términos establecidos en esta Ley*”, esto es, la llamada “obligación de conformidad”.

El propio legislador comunitario se encargó de señalar en los considerandos de la Directiva cuya trasposición ha dado lugar a la LGVBC (la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, del Parlamento y del Consejo, *que regula determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*), que la noción de conformidad, en sí, viene a reflejar una realidad presente en todos los ordenamientos jurídicos de los miembros de la Unión Europea: el cumplimiento del contrato debe corresponderse exactamente con lo convenido en el mismo<sup>1</sup>. Conformidad significa exacta correspondencia entre el cumplimiento del contrato y la regulación convencional. Referido al cumplimiento de un vendedor de su esencial obligación de entrega, la obligación de conformidad no es más que el deber del vendedor de entregar unos bienes que se ajusten plenamente a lo convenido respecto de ellos. Desde este punto de vista, la conclusión del legislador europeo es correcta. En todos los Derechos internos sobre compraventa, y sobre contratación en general, se exige que el vendedor entregue los bienes en las condiciones en que se ha comprometido a entregarlos. Ello es simplemente la consecuencia necesaria del principio de obligatoriedad de los contratos, derivado del reconocimiento de un poder de autogobierno o de autorregulación de sus intereses a la persona, denominado en nuestro Derecho autonomía privada.

Sin embargo, la verdadera trascendencia del concepto de conformidad no se encuentra en esta definición, perfectamente asumible desde cualquier ordenamiento europeo<sup>2</sup>, sino, en los objetivos que se pretenden conseguir con su utilización en relación con un problema concreto de la compraventa: el de diseñar una respuesta jurídica adecuada a la falta de correspondencia material entre lo entregado por el vendedor y lo dispuesto por el contrato. La Directiva y la LGVBC no han pretendido regular bajo la obligación de conformidad cualquier tipo de divergencia entre la

---

<sup>1</sup> “Considerando que los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales; que el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales”.(Cdo. 7º DVGBC).

<sup>2</sup> En este sentido, ha señalado DE CRISTOFARO que “*che il bene di consumo consegnato dal professionista al consumatore in esecuzione del negozio debba essere “conforme al contratto” appare infatti abbastanza ovvio, essendo indiscusso, in tutti gli ordinamenti degli Stati UE, che l’acquirente/comittente abbia il diritto di ricevere beni corrispondenti alla prescrizioni del contratto di compravendita o d’appalto*” (DE CRISTOFARO, G.: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L’ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Ed. Cedam, Padova, 2000., p. 49).

ejecución de la entrega y lo pactado en el contrato. Por el contrario, la obligación de conformidad solamente se refiere a un aspecto de la entrega: el deber del comprador de que exista una correspondencia material entre los bienes entregados y los prometidos. La conformidad que regula la LGVBC es la conformidad material de los bienes con el contenido del contrato. Por lo tanto, es una conformidad referida únicamente a la vertiente física o material del bien entregado, con la que se pretende dar respuesta a la presencia de cualquier defecto de esta índole del que adolezcan los bienes objeto de la entrega.

De esta manera, quedan excluidos del régimen de conformidad, en primer término, los defectos jurídicos del bien. El problema de la responsabilidad por evicción y de la responsabilidad por gravámenes ocultos continúa estando sometido al Derecho interno de los Estados<sup>3</sup>; y, por lo tanto en España, al régimen de los artículos 1475 a 1483 del Cc. Tampoco influye la regulación de la Ley en el tiempo, lugar y modo de ejecución de la entrega, que también seguirán reguladas por el Código Civil<sup>4</sup>. Por último, la Ley tampoco establece una regulación aplicable a la ausencia total de entrega, o al mero retraso en la misma; que igualmente serán supuestos regidos por la legislación común.

Con estas exclusiones, cualquier otra divergencia entre el bien entregado y el convenido quedará sometido al régimen jurídico establecido en la LGVBC, constituyendo todas ellas incumplimientos de la obligación de conformidad. Las entregas de bienes de calidad, características materiales, cualidades o utilidad distintas de las que se derivan del contrato quedan todas —incluida la entrega de una cosa totalmente distinta de la pactada<sup>5</sup>— sometidas al mismo régimen jurídico de incumplimiento contractual. A mi juicio, también la entrega de bienes en cantidad distinta de la convenida es un supuesto de falta de conformidad<sup>6</sup>; pues, aunque el tenor literal, tanto de la Directiva como de la LGVBC, no se refiere a esta cuestión en ningún momento, tal conclusión se deriva de los precedentes normativos reconocidos por el legislador comunitario<sup>7</sup> y de la intención unificadora de cualquier ausencia de conformidad material que la inspira.

<sup>3</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Trasposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía de los bienes de consumo”, en *EC*, nº 52, 2000., p. 127. Tanto la LUVI como la LUCI, como antes el *Uniform Commercial Code* estadounidense distinguen entre el régimen de conformidad y el de los “derechos o pretensiones de terceros sobre los bienes” (arts. 41 y ss CV); si bien el régimen jurídico al que someten el incumplimiento de la obligación de conformidad y el de la obligación de entregar los bienes libres de derechos y pretensiones de terceros es muy similar.

<sup>4</sup> Así lo señala también DE CRISTOFARO, respecto de la Directiva, en *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, ob. cit., p. 53, nota 8. En este mismo lugar recoge la crítica de HONDIUS “secondo il quale sarebbe opportuno stabilire, con norme dispositiva, che l’obbligo di consegna dev’essere adempiuta entro 30 giorni dalla conclusione del contratto”.

<sup>5</sup> Esta opinión es sostenida también por MORALES MORENO, A.: “Adaptación del Derecho Civil al Derecho europeo: la compraventa”, en *Lareformadels Codis Civis en un Context d’Aproximació Europea. Segona Ponència de las XII Jornades de Dret Català a Tossa*, en <http://civil.udg.es/tossa/2002/textos/pon/index.htm>.

<sup>6</sup> Así lo han entendido también, SANZ VALENTÍN, L.A.: “La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo”, en *AC*, nº 35, 27 de septiembre a 3 de octubre de 1999, p. 1080; DE CRISTOFARO en *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, ob. cit., pg. 63; CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Trasposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía...”, ob. cit., p. 127.

<sup>7</sup> *Vid.* el art. 35 de la Convención de Viena en la que expresamente se define la obligación de conformidad como la de “entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato”.

La inclusión de todos estos supuestos heterogéneos como casos de incumplimiento de una misma obligación determina, como es lógico, que a todos ellos se les aplique un régimen de responsabilidad contractual, también único, y por tanto, un mismo criterio de imputación e idénticas acciones para exigir responsabilidad al vendedor en cualquiera de los supuestos posibles. Pero además, el legislador comunitario decidió determinar en concreto qué se entiende por bienes conformes al contrato, unificando, de este modo los distintos criterios que al efecto utilizan los ordenamientos jurídicos internos. En efecto, si los ordenamientos europeos, como hemos dicho, están todos de acuerdo en que los bienes que deben entregarse son aquéllos determinados por el contrato, no en todos se establecen las mismas soluciones para el caso de que en el contrato no exista cláusula o pacto alguno para definirlos o describirlos. En este sentido, la Directiva establece una serie de reglas dispositivas en su artículo 2.2 en las que se dispone qué debe entenderse por bienes conformes en tales casos; las cuales han sido recogidas por la LGVBC en su artículo 3°.

## **2. Calificación de los supuestos sujetos a la obligación de conformidad en el Derecho español**

Como se puede fácilmente deducir de las consideraciones generales efectuadas en el epígrafe anterior, la trasposición de la Directiva 1999/44/CE ha significado, al menos en el ámbito material para el que se ha decidido modificar el Derecho estatal —exactamente el mismo que, como mínimo indispensable, señalaba la Directiva—, la introducción de profundos cambios en el régimen jurídico del contrato de compraventa. En este apartado trataremos de realizar un breve análisis de los distintos aspectos del Derecho español tradicional de la compraventa que se han visto afectados, con el objetivo de ponderar la trascendencia de la aprobación de la LGVBC.

En este sentido, debemos partir de que la regulación contenida en la Ley dispone una solución jurídica uniforme para todos los supuestos de disconformidad material entre los bienes entregados y el contrato, con la amplitud que a este concepto físico de disconformidad hemos visto que se le atribuye en dicha norma. Frente a ella, el Derecho común español de la compraventa contenido en el Cc, en materia de conformidad material de los bienes entregados por el vendedor, establece una amplia gama de soluciones jurídicas aplicables a cada categoría de disconformidades, que poseen distinta naturaleza jurídica, y cuyo ámbito de aplicación no es siempre fácil de determinar. Este conjunto de soluciones, que han sido desplazadas definitivamente, al menos, del ámbito de las compraventas de bienes de consumo celebradas con consumidores, discrimina entre las distintas faltas de conformidad material, agrupándolas en diversas categorías abstractas y sujetando cada una de ellas a un régimen jurídico específico.

Así, el Código Civil agrupa un primer conjunto de supuestos de disconformidad material bajo el nombre de vicios. Los vicios, en este sentido, son los defectos, imperfecciones, o alteraciones de calidad de la cosa vendida que disminuyen su utilidad (art. 1484 Cc)<sup>8</sup>, en atención al uso que se pactó en el contrato, o en su defecto, a aquél

<sup>8</sup> Cfr. MORALES MORENO, M.: "Comentario del art. 1484 Cc" en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* T.II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 956; sin embargo BADENES GASSET excluye la diversa cualidad de la cosa como supuesto de vicios [BADENES GASSET, R.: *El contrato de compraventa* T.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1995 (3ª edic.), p. 643 y ss.].

al que por naturaleza se destina la cosa, o de entre éstos aquél que quepa deducir de las circunstancias objetivas que inciden en el negocio<sup>9</sup>.

El régimen jurídico aplicable a los vicios tampoco es uniforme. Si el vicio es aparente, es decir, si puede ser apreciado a simple vista o tras un examen superficial por un ciudadano medio, o por un perito si el comprador ostenta tal condición, el supuesto está sometido a las reglas generales sobre cumplimiento de los contratos. Éstas determinarán un régimen distinto en función de que la compraventa sea de cosa específica o genérica; pues en el primer caso nos encontraremos ante un supuesto de imposibilidad inicial de la prestación, y en el segundo ante un incumplimiento del contrato<sup>10</sup>. Si, por el contrario, el vicio está oculto, el régimen jurídico aplicable al caso es el específicamente establecido para esta clase de defectos en los arts. 1484 y ss. Cc, que a su vez, distingue entre vicios ocultos en general y determinados supuestos concretos —vicios de los animales— regulándolos de forma parcialmente diversa. Este régimen de responsabilidad por los vicios ocultos solamente es aplicable a los vicios graves; atribuyéndose al riesgo del comprador las adquisiciones de objetos con vicios ocultos leves<sup>11</sup>. Por otra parte, respecto del régimen de saneamiento por vicios ocultos, se ha discutido incesantemente no sólo su naturaleza<sup>12</sup>, sino también su ámbito de aplicación; sin que a nivel teórico se haya resuelto todavía si el régimen de

<sup>9</sup> Cfr. SSTS de 31-1-1970 (RJ 1970/370); 3-3-2000 (RJ 2000/1308).

<sup>10</sup> El diverso régimen entre ambos tipos de compraventas radica en la diversa naturaleza de una y otra prestación. En caso de encontrarnos ante un vicio aparente en una compraventa de cosa genérica, el vendedor, aplicando el régimen general de incumplimiento de los contratos, podrá ser compelido a cumplir debidamente su obligación reparándola o entregando otra cosa que se ajuste a lo acordado en el contrato. Si, por el contrario, la compraventa lo es de una cosa específica, el vendedor está obligado a entregar la cosa con las cualidades prometidas o presupuestas, pero si ello no es posible porque no las posee, nos encontraremos ante un supuesto de imposibilidad parcial originaria de la prestación, siendo de aplicación entonces lo dispuesto en el art. 1460-II Cc, pudiendo el comprador, tras la oportuna denuncia del vicio, bien desistir del contrato, bien reclamar la parte existente abonando una parte proporcional del precio. Todo sin perjuicio, por descontado, de la posibilidad, común a ambos supuestos, de utilizar las acciones generales sobre vicios del consentimiento (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, en *ADC*, 1968, p. 807 y ss).

<sup>11</sup> El Código Civil adopta en relación con la gravedad del vicio un criterio subjetivo: es redhibitorio si el comprador de haberlo conocido no hubiese adquirido la cosa, o hubiera dado menos precio por ella; sin embargo la doctrina postula la utilización de un criterio objetivo empleando para ello como módulo de ponderación lo que hubiera hecho un comprador medio ideal-objetivo aplicando al art. 1484 la figura general del buen padre de familia como canon de diligencia en relación con la finalidad a la que estaba destinada la cosa y las cualidades o características que se le habían atribuido en el negocio; *vid. v.gr.* MORALES MORENO, M.: “Comentario del art. 1484 Cc”, ob. cit., pp. 956-957. Más objetiva todavía es la tesis sostenida por GARCÍA CANTERO (“Comentario del art. 1484 Cc”, en ALBALADEJO, M.(dir): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales T.XIX*, Ed. EDESA, Madrid, 1991, p. 367) que considera que basta con que el vicio sea objetivamente grave.

<sup>12</sup> Respecto de la naturaleza del saneamiento por vicios ocultos, se han defendido distintas tesis que lo concibe como una concreción de las reglas sobre el error negocial (cfr. MORALES MORENO, M.: “El alcance protector de las acciones edilicias”, en *ADC*, 1980, p. 529; aunque en “Comentario del art. 1484 Cc”, ob. cit. p. 955, parece concebirlo como un supuesto de imposibilidad parcial), como norma causal tendente a mantener la finalidad económica del contrato (cfr. LLÁCER MATAÇAS, R.: *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 102 y ss., 157 y ss.), como el incumplimiento de una obligación autónoma y específica de los contratos de intercambio de bienes (cfr. GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario de los arts.1461 a 1473 Cc” en ALBALADEJO, M.(dir): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales T.XIX*, ob. cit., p. 174), como un supuesto de imposibilidad inicial de la prestación (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, ob. cit., p. 801 y ss), o como un supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega (cfr. ORTÍ VALLEJO, A. ORTÍ VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 17-21, aunque este autor manifiesta que su posición no es el resultado de un análisis de las reglas del Cc, sino más bien una forma de impulsar una reforma de *lege ferenda*).

los vicios ocultos resulta aplicable únicamente a las compraventas de cosa específica, o si lo es también respecto de las compraventas de cosa genérica<sup>13</sup>.

Un segundo grupo de disconformidades materiales de los bienes objeto de la venta es el de las alteraciones de cantidad respecto de lo convenido. En esta materia son de aplicación, en general, las reglas de Derecho común contractual relativas al cumplimiento de las obligaciones. Además, al igual que sucede con los vicios, el régimen aplicable será diferente según la cosa objeto de la venta sea específica o genérica, debido a la diferente naturaleza de estas dos clases de prestaciones. Pero además, algunos defectos de cantidad en relación con determinadas compraventas de inmuebles poseen reglas específicas en cuanto al cumplimiento de la obligación de entrega de inmuebles de mayor o menor cabida que la pactada (arts. 1469-1472)<sup>14</sup>. Por último, se discute si conceptualmente se puede considerar que el defecto de cantidad puede ser considerado un vicio, si así fuese (y así parece serlo si atendemos a que el art. 336 Cc o asimila los defectos de cantidad a los de calidad a los efectos de la reclamación por vicios)<sup>15</sup> nos encontramos en esta sede con las mismas dificultades que se señalaron en general en relación a los vicios ocultos y a su aplicabilidad a las compraventas genéricas.

El tercer conjunto de faltas de conformidad sujetos a un régimen específico en el Derecho español anterior a la aprobación de la LGVBC es el de los supuestos conocidos bajo la denominación de *aliud pro alio*. Se trata, en este caso, de un régimen creado por una interpretación de la jurisprudencia para suplir las insuficiencias de las reglas de responsabilidad por vicios ocultos y más específicamente la excesiva brevedad del plazo de caducidad establecido en el art. 1490 Cc<sup>16</sup>. El *aliud pro alio*, como su nombre indica, es el nombre que originariamente recibe la entrega de una cosa totalmente distinta de la pactada. Este tipo de entregas estaba sujeto al mismo régimen jurídico que la falta total de entrega, y al plazo de prescripción genérico de quince años dispuesto para las acciones personales por el art. 1964 Cc. La jurisprudencia, con la finalidad de evitar la indefensión de los compradores de cosas viciadas en las que los defectos se manifestaban una vez transcurridos los seis meses fijados por el art. 1490, comenzó a dictar una serie de sentencias en las que se consideran supuestos de *aliud pro alio* las entregas de cosas con defectos de gravedad tal que eliminan totalmente su utilidad<sup>17</sup>. Incluso en alguna

<sup>13</sup> En este sentido, se han vertido opiniones contradictorias; BERCOVITZ ha entendido que la responsabilidad por vicios ocultos está prevista únicamente para la compraventa de cosas específicas, pero que la compraventa de cosa genérica, desde el momento de la especificación, también está sujeta a la responsabilidad por vicios ocultos (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, ob. cit., p. 826). Por su parte, ORTÍ sostiene que los defectos ocultos en la compraventa de cosa genérica están sujetos al régimen general de las acciones por incumplimiento (cfr. ORTÍ VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil...*, ob. cit., p. 13 y ss.)

<sup>14</sup> Vid. una sucinta exposición de este régimen jurídico en PEÑA LÓPEZ, F.: “Comentario de los arts. 1469 a 1472”, en BERCOVITZ, R.(coord.): *Comentarios al Código Civil*, ob. cit., pp. 1706-1710.

<sup>15</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, ob. cit., pp. 807-808.

<sup>16</sup> Vid. las distintas opiniones en torno a la naturaleza del plazo del art. 1490 en PEÑA LÓPEZ, F.: “Comentario del art. 1490”, en BERCOVITZ, R.(coord.): *Comentarios al Código Civil*, ob. cit., pp. 1732-1733.

<sup>17</sup> V.gr. SSTS de 17-2-1994, (RJA 1994/1621); 7-6-1996 (RJA 1996/4825); 28-2-1997 (RJA 1997/1322); 27-11-1999, (RJA 1999/9137).

ocasión se ha llegado a considerar *aliud pro alio* a la entrega de una cosa carente de una cualidad tenida en cuenta al contratar<sup>18</sup>. En cualquier caso, lo trascendente es que claros supuestos de vicios redhibitorios (art. 1484, vicios que hacen la cosa *impropia para el uso al que se destina*) se someten a un régimen jurídico que no ha sido establecido para ellos por simples razones de justicia material<sup>19</sup>.

Esta sucinta exposición del régimen de Derecho común aplicable a los defectos en la compraventa —que no pretende ser más que una breve, esquemática y necesariamente incompleta reseña de la situación actual del Derecho español fuera del ámbito de la LGVBC— demuestra cuán lejos se encuentra nuestro ordenamiento jurídico de la simple solución aportada por el régimen de conformidad con el contrato, al menos desde el punto de vista de su ámbito de aplicación. La ley de trasposición, en este sentido, ha significado, respecto de los contratos para los que rige, la derogación de todos estos regímenes particulares y su sustitución por una solución unitaria; lo cual desde el punto de vista conceptual plantea no pocos problemas al intérprete formado en la dogmática continental.

### 3. Las dificultades dogmáticas de un concepto único de conformidad de los bienes con el contrato

Por su propia virtualidad unificadora de la pluralidad de regímenes anteriores, el régimen de la conformidad ha venido a modificar los términos del debate conceptual en torno a la calificación jurídica de las distintas circunstancias y vicisitudes que pueden acontecer en relación con un contrato de compraventa. En efecto, la LGVBC, como acabamos de comprobar, conlleva la integración en el marco de una única obligación de dar (la obligación de entregar bienes conformes al contrato) de supuestos de naturaleza jurídica heterogénea, calificados hasta el momento como casos de incumplimiento de obligaciones genéricas y específicas, e incluso como supuestos de imposibilidad inicial.

La Directiva y la LGVBC, en la dirección seguida por las Convenciones internacionales sobre compraventa internacional de mercaderías, regulan la obligación de entregar bienes conformes con el contrato como una obligación de dar a cargo del vendedor. Sea esta “obligación” un aspecto de la obligación esencial de entrega, como parece deducirse del tenor literal del primer párrafo del art. 1º de la Ley, o una obligación autónoma respecto de aquélla<sup>20</sup>, no cabe duda de que impone al deudor,

<sup>18</sup> STS 28-9-1985, (RJA 1985/4480).

<sup>19</sup> Cfr., en este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El régimen de conformidad y garantía en los productos y servicios”, en REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup> J. (coord.): *Derecho de consumo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 447-451; ORTÍ VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil...*, ob. cit., p. 38 y ss.

<sup>20</sup> Se ha debatido durante mucho tiempo, ya en el ámbito de la legislación internacional uniforme sobre compraventa de mercaderías, si la obligación de conformidad es o no una obligación independiente de la de entrega (en general, la mayor parte de la doctrina, actualmente considera que se trata de dos obligaciones distintas en el marco de la Convención de Viena, cfr. v.gr. NEUMAYER, K. H.; MING, C.: *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, Ed. CEDIDAC, Lausanne, 1993, p. 271; MORALES MORENO, A. M.: “Comentario del art. 35 CV”, en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir. y coord.): *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 288; DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> I.: *El principio de conformidad del contrato en la compraventa de mercaderías*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, p. 58).

en cualquier compraventa de las reguladas por la LGVBC, una prestación consistente en entregar los bienes de acuerdo con las exigencias definidas en la propia norma y en el contrato. Como la Directiva regula compraventas tanto de cosa genérica, como específica (esto lo demuestra el hecho de no distinga entre unas y otras, así como el que permita al legislador nacional excluir, al trasponerla, de su ámbito de aplicación —incluyéndolas, por tanto, *prima facie*— a ventas habitualmente específicas como las de objetos de segunda mano —opción deseada por el legislador español (art. 9.1)—), estas exigencias de conformidad se aplicarán a unas y a otras<sup>21</sup>. La unificación en esta materia del régimen jurídico de las compraventas específicas y genéricas plantea algún que otro quebradero de cabeza al jurista continental, al que no le encajan en la teoría del contrato que conoce algunos de los supuestos que la actual LGVBC considera de incumplimiento de la obligación de conformidad. Para comprender esta afirmación es preciso detenerse un instante en la doctrina española acerca de la naturaleza de la denominada obligación de saneamiento, y de los supuestos a los que ésta se venía aplicando.

Es sabido que tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad por vicios ocultos es un régimen aplicable únicamente a las ventas de cosa específica, por lo cual las ventas genéricas sólo quedan sujetas al mismo, como mucho, tras el momento de la especificación. La razón de ello estriba en que la entrega de una cosa diversa de la pactada en el marco de una obligación genérica es siempre un supuesto de cumplimiento defectuoso de la misma, y por ello se debe resolver de acuerdo con las reglas generales sobre el incumplimiento contractual. Por el contrario, la entrega de una cosa sin las cualidades prometidas cuando la obligación es específica constituye un supuesto de imposibilidad originaria de la obligación, dado que el objeto específico de la misma nunca ha reunido, ni podrá nunca poseer las cualidades que se le atribuyeron en el título constitutivo. Siendo ello así, no es aplicable a las compraventas específicas el régimen del incumplimiento, porque en puridad ni hay, ni puede haber incumplimiento de una obligación que, por originariamente imposible, es nula. Precisamente, sostiene BERCOVITZ, el saneamiento por vicios ocultos es el remedio previsto específicamente por el Derecho español para esta concreta nulidad cuando el defecto del bien está oculto<sup>22</sup>. Una segunda posibilidad, mantenida por LLÁCER MATA CÁS, es la de entender que las cualidades presupuestas en la cosa en la compraventa específica no forman parte de la prestación debida, y que por ende no puede hablarse de incumplimiento cuando no están presentes<sup>23</sup>. Para esta autora el saneamiento por vicios ocultos

<sup>21</sup> Así lo han manifestado, además indirectamente, *v.gr.* CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Trasposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía...”, *ob. cit.*, p. 129; DE CRISTOFARO, G.: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, *ob. cit.*, p. 57 y ss., y abordando directamente la cuestión ORTI VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil...*, *ob. cit.*, p. 21 y ss.

<sup>22</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, *ob. cit.*, pp. 801-802.

<sup>23</sup> Cfr. LLÁCER MATA CÁS, R.: *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, *ob. cit.*, pp. 164-165.

es un mecanismo general de naturaleza causal que tiende a reequilibrar las contraprestaciones en los contratos onerosos. Esta institución entraría en juego cuando en un contrato de esta naturaleza, ya consumado, el equilibrio económico perseguido por las partes se viese alterado por el carácter oculto de ciertos defectos en la cosa entregada no contemplados por ellas<sup>24</sup>.

Sin ánimo de terciar en esta compleja cuestión, a mi juicio, de lo que no cabe duda es de que la LGBVC somete a todos los supuestos de desconformidad al mismo régimen, sea cual sea la calificación jurídica que merezcan. Cuestión distinta es si este régimen unitario puede ser catalogado como régimen de incumplimiento de una obligación en el Derecho español tradicional. En este sentido, no supone problema alguno considerar que, en el caso de que la venta sea de cosa genérica, siempre que se entregue una cosa desconforme estamos —salvo en determinados supuestos excepcionales de *genus limitatum*— ante el incumplimiento de una auténtica obligación en sentido estricto, tal y como queda definida por el art. 1º de la LGBVC. Sin embargo, por cuestiones atinentes a su propia naturaleza, no sucede lo mismo con la compraventa específica. De todos modos, a mi juicio, la inclusión de cualquier entrega de cosa específica con faltas de conformidad dentro del concepto de imposibilidad inicial de la obligación, así como la afirmación de que *no tiene sentido la elaboración de una obligación de entregar cosa específica exenta de vicios*<sup>25</sup> tampoco responde a la realidad. En efecto, la cosa entregada, aún siendo específica, puede ser reparada por el vendedor de modo que se ajuste a lo convenido en el contrato. Si tal reparación es posible, la prestación también lo es; y por lo tanto, su no realización constituye un incumplimiento de la obligación de entregar cosas conformes.

Sea como fuere, incluso cuando nos encontremos ante una auténtica imposibilidad inicial de cumplir, serán de aplicación las reglas contenidas en los arts. 3 y ss. de la Ley. Que ello pueda ser concebido, de acuerdo con los cánones tradicionales, como un incumplimiento de la obligación de entregar bienes conformes o no carece de relevancia. Caben por lo tanto acciones como las del art. 5º —reparación o sustitución del bien—, que son claramente acciones de cumplimiento específico. Si la acción de reparación no debe ofrecer problema alguno al dogmático (ya hemos dicho que la entrega de un bien específico desconforme pero reparable constituye un incumplimiento); obviamente la naturaleza específica de los bienes puede suponer un obstáculo al ejercicio de la acción de sustitución. Pese a todo, ni siquiera el ejercicio de esta acción me parece imposible, al menos en determinados supuestos. Piénsese, como sugiere ORTÍ, en los productos estandarizados, es decir, aquellos que aun siendo comprados de forma específica, se adquieren en consideración a sus caracteres comunes con un tipo o género, la sustitución de un objeto defectuoso por otro que reúna esos mismos caracteres puede satisfacer plenamente el interés del

---

<sup>24</sup> Cfr., ob. cit., p. 69 y ss.

<sup>25</sup> Cfr., ob. cit., p. 157; DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> I.: *El principio de conformidad del contrato en la compraventa de mercaderías*, ob. cit., pgs 148-149.



comprador<sup>26</sup>. Si ello es así, el vendedor no podrá negarse a la sustitución, excepto que demuestre que se da el supuesto de hecho del art. 5.1 es decir *que ello resulte imposible o desproporcionado*, entendiendo que la imposibilidad a la que alude este artículo se refiere a la de satisfacer el interés de la parte contractual afectada, y no al concepto abstracto de prestación imposible.

En este sentido entiendo que debe interpretarse la exclusión de la posibilidad de emplear la acción de sustitución respecto de los productos no fungibles. El legislador español prescinde de la catalogación del objeto de la venta como genérico o específico y, por ende, de los conceptos tradicionales sobre el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de dar específicas, y limita los supuestos en los que está excluida la acción de sustitución a aquellos casos en los que la propia naturaleza de las cosas lo impide: el bien es no fungible, esto es, no sustituible por otro desde el punto de vista del tráfico mercantil. Más allá de estos supuestos de imposibilidad natural de sustituir, la Ley no pone coto alguno a la utilización de las acciones de sustitución, en contra de lo que doctrinalmente se venía afirmando en relación con todas las compraventas de cosa específica (la otra exclusión, referente a los bienes de segunda mano, se explica por las propias características del negocio de compraventa y no por circunstancias atinentes a la naturaleza jurídica de los bienes).

En realidad, detrás de las dificultades de orden dogmático que se han expuesto, no se encuentra, como es fácil comprobar, una auténtica dificultad de orden material. Por el contrario, todas ellas se deben al desajuste existente entre la concepción tradicional española del contrato y la que se esconde tras la LGVBC y la Directiva que la originó. Como la doctrina se encargó de señalar respecto de la Convención de Viena, a cuyo contenido responden sustancialmente la Ley y la Directiva que nos interesan, el régimen de la conformidad responde esencialmente a la concepción del contrato anglosajona<sup>27</sup>. Al Derecho anglosajón no le importa que el contenido de la obligación asumida por el deudor sea posible o imposible<sup>28</sup>. El contrato del que nacen obligaciones imposibles debido a la inexistencia previa de todas o parte de las cosas que constituyen su objeto, o a defectos de calidad en las mismas es perfectamente válido. Puede llegar a ser anulado por error, pero sólo si se cumplen sus presupuestos específicos, que nada tienen que ver con la objetiva imposibilidad material de la prestación. Por lo tanto, la inevitable inexecución o ejecución defectuosa de un contrato de compraventa de cosa específica que no reúne los caracteres fijados en

<sup>26</sup> Cfr. ORTÍ VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil...*, ob. cit., pp. 21-23; en contra *vid.* CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Trasposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía...", ob. cit., p. 129; que afirman que esta sustitución es imposible.

<sup>27</sup> Cfr. MORALES MORENO, M.: "Comentario del art. 35 CV", ob. cit., pp. 289-292 y, haciendo referencia tanto a la CV, como a la DVGBC, AVILÉS GARCÍA, J.: "Problemas de Derecho interno que plantea la incorporación y la aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo", en *AC*, nº 32, del 4 al 10 de septiembre de 2000.

<sup>28</sup> En el Derecho anglosajón, refiere ATIYAH, las obligaciones contractuales (*promises*) pueden consistir: 1) en representaciones de una realidad o situación de hecho, cierta o no cierta (que los bienes son conformes con el contrato), 2) en que algo (bajo el control o no del deudor) sucederá o no sucederá en el futuro, y 3) en una condición. Las pertenecientes a los dos primeros tipos generan responsabilidad por su incumplimiento, aunque, como afirma MORALES *no sea, no pueda ser, deber del promitente procurar su realización* (cfr. ATIYAH, P.S.: *An introduction to the law of contracts*, Ed. Clarendon Press. Oxford, Oxford, 1994, p. 179 y ss; MORALES MORENO, M.: "Comentario del art. 35 CV", ob. cit., p. 292).

el negocio es un incumplimiento contractual (*breach of contract*), y da lugar a las mismas consecuencias jurídicas que cualquier otra falta de cumplimiento<sup>29</sup>.

Ello es consecuencia de que, en el Derecho anglosajón, del contrato nace a cargo de cada parte el deber de garantizar un resultado que satisfaga el interés de la otra, y no un deber en sentido subjetivo de realizar una actividad o una conducta como sucede en el Derecho continental. En el concepto de contrato que se emplea en nuestro ámbito cultural, como expone magistralmente MORALES, *el límite de responsabilidad se hallará bien en la imposibilidad de ejecución de la conducta prevista, bien en la imposibilidad de que por medio de su conducta se pueda alcanzar el resultado esperado*; mientras que en el mundo jurídico anglosajón la posibilidad o imposibilidad para el deudor de obtener el resultado prometido es irrelevante desde el punto de vista del cumplimiento o incumplimiento de los deberes que para cada parte surgen del contrato. En la concepción anglosajona, cualquier desviación del resultado garantizado es un incumplimiento (*breach*), y es indiferente que éste se haya producido como consecuencia de la pérdida total o parcial del bien con anterioridad a la celebración del negocio, a la ausencia en él de ciertas cualidades prometidas o a la conducta de la parte incumplidora<sup>30</sup>.

Por consiguiente, la introducción del régimen de la conformidad supone el acogimiento, con el contenido y la amplitud que le da la LGVBC, de una concepción del contrato extraña a la tradición jurídica española clásica. Ello, a mi juicio, lejos de ser un hecho negativo, puede servir para superar ciertos prejuicios dogmáticos que existen en relación con las ventas específicas (lógica consecuencia del peculiar carácter de las normas sobre saneamiento), y que no se ajustan totalmente a la realidad de las cosas en muchos supuestos. Me refiero, claro está, a la ya apuntada imposibilidad de exigir el cumplimiento específico —mediante la reparación o la sustitución— en los casos de entrega de un bien específico defectuoso —cualquiera que sea su naturaleza material—, por el hecho de no ser considerado un incumplimiento sino un supuesto de imposibilidad inicial (sea imposible o no la ejecución de la prestación).

<sup>29</sup> Sólo si se prueba la concurrencia de los requisitos del error (*mistake*), como vicio de la voluntad, se podrá anular el contrato cuyo objeto no existe, ha perecido ya antes de la celebración, o cuyas cualidades no son las fijadas en el contrato. Fuera de estos casos el tribunal considera el contrato válido y eficaz, así el Tratado de CHITTY nos relata que *in McRae vs. Commonwealth Disposals Commission the defendants sold the plaintiffs an oil tanker said to be lying on a certain reef off New Guinea. The plaintiffs thereupon fitted out a salvage expedition, but found there was no tanker at the place indicated, nor even such any reef. They brought an action against the defendants claiming damages for breach of contract. The High Court of Australia held that the plaintiffs were entitled to succeed.* La explicación ofrecida para esta solución clarifica la posición anglosajona acerca de los contratos generadores de prestaciones originariamente imposibles: “*the question is really one of the construction of the contract. Normally the parties must be taken to have contracted on the basis that the subject-matter of their agreement is in existence. Prima facie, therefore, the contract will be void. But [...] if the other party either expressly or impliedly assumes responsibility that the subject matter of the contract is in existence, he will be liable in damages if in fact it is non-existent.* La aplicación del error como causa de anulación del contrato en el que el objeto entregado no responde a su descripción contractual debido a defectos de calidad o de otro tipo, es todavía más reducida debido a que *the buyer is today normally so well protected by implied terms in such a contract*, es decir, con las acciones de responsabilidad por incumplimiento que se derivan de la contravención de esas cláusulas contractuales implícitas (citas tomadas de AA.VV.: *Chitty on contracts. I General Principles*, Ed. Sweet & Maxwell, London, 1994 (27<sup>th</sup> edic.), pp. 301-303).

<sup>30</sup> Obviamente me refiero a que es indiferente desde la óptica del cumplimiento/incumplimiento del contrato considerada aisladamente; puede no serlo como es lógico desde el punto de vista de los vicios del consentimiento, o de la aplicación de la doctrina de la extinción del contrato sobre la base de la doctrina de la *frustration* o *impracticability*. Esta doctrina determina la extinción de los contratos sobrevenidamente imposibles o excesivamente onerosos.

# 8

---

## La valoración del daño resarcible

---

*Maita M<sup>a</sup> Naveira Zarra*  
Universidade da Coruña



## 1. Delimitación de la materia objeto de análisis\*

A modo de introducción, he de decir que si el tema objeto de esta intervención se ha dejado para el final es precisamente porque ése es el orden que le corresponde en la sucesión lógica de las diferentes fases del juicio de responsabilidad. En efecto, una vez que se declara la responsabilidad civil de una persona que, con su conducta activa u omisiva, ha causado daño a otra, siempre que este daño cumpla los requisitos del daño resarcible, es decir, toda vez que, estando conectado causalmente con la conducta realizada, lesione un interés humano, sea antijurídico y sea cierto, nace a cargo del responsable la obligación de reparar el daño o perjuicio causado. Así se desprende del tenor literal de los arts. 1101 del Cc (para la responsabilidad contractual); 1902 del Cc (para la responsabilidad extracontractual) y 109 del CP (para la responsabilidad *ex delicto*).

Esta reparación del daño puede efectuarse de dos maneras distintas: a) en forma específica, también llamada reparación *in natura* o en especie, que consiste en restablecer la situación que existía con anterioridad a la producción del daño, reparando o enmendando la cosa dañada o, si ello no es posible, sustituyéndola por otra igual a la destruida y b) la reparación por equivalente, consistente en entregar al perjudicado una cantidad de dinero que debe ser igual a la entidad económica del daño sufrido (en el caso de perjuicios patrimoniales) o, al menos, suficiente o apta para compensar el daño sufrido (en el caso de perjuicios no patrimoniales).

La primera de estas dos formas de reparación es, sin duda alguna, la más perfecta y, a juicio de la mayoría de los autores, la preferente<sup>1</sup>, si bien no siempre

---

\* Este trabajo se corresponde, en esencia, con la ponencia que bajo el título “La valoración del daño indemnizable o resarcible” fue presentada por la autora el 12 de abril de 2002 en el Centro Asociado UNED-A Coruña, en el marco del curso *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios. Aspectos nacionales e internacionales*. Los cambios introducidos han tenido dos causas fundamentales: en primer lugar, la adaptación del contenido del trabajo al formato propio de una publicación y, en segundo término, la actualización de parte de la jurisprudencia citada, que se justifica lógicamente por el tiempo transcurrido entre la inicial elaboración del trabajo y su posterior publicación. No obstante, y para guardar fidelidad al texto original, las sentencias que se emplearon en su día para ejemplificar las doctrinas expuestas se han mantenido, pese a no resultar ya tan novedosas.

<sup>1</sup> Esa preferencia de la reparación en forma específica sobre la reparación por equivalente es afirmada de manera prácticamente unánime por los autores que se han ocupado del estudio de la responsabilidad civil, bajo el argumento de que la misma es más perfecta al colocar al dañado en la situación en que se encontraba con anterioridad a la producción del perjuicio. Así, por centrarnos únicamente en la doctrina española, podemos citar en tal sentido a PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. III, Edit. Bosch, Barcelona, 1983, p. 192; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, Tomo 4, Edit. Reus, Madrid, 1992, p. 998; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Edit. Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 325 y 328; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Edit. Civitas, Madrid, 1993, p. 907; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo II (*Derecho de obligaciones*), Vol. Segundo, 9ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1994; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Volumen Segundo, Edit. Dykinson, Madrid, 1999, p. 513; ROCA TRIAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 3ª ed., Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 181; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001, p. 477 y VICENTE DOMINGO, E. “El daño”, en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Edit. Aranzadi, Navarra, 2003, p. 279.

Ahora bien, dicha preferencia, que no plantea dudas cuando se contempla desde un plano estrictamente teórico, no está tan clara cuando se suscita la cuestión de su aplicación práctica, porque nuestro Cc, a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones extranjeras, como la alemana, la italiana, la suiza o la portuguesa, no contiene norma alguna sobre la manera en que ha de llevarse a cabo la reparación. Ante esta situación, los autores han ofrecido respuestas diversas:

Unos entienden que corresponde al perjudicado elegir entre una y otra forma de reparación, si bien limitan dicha posibilidad de elección en ciertos casos. Así, PUIG BRUTAU advierte que la reparación *in natura*

es posible<sup>2</sup> y, aun en aquellos casos en que sí lo es, esta forma de reparación suele resultar insuficiente, pues normalmente no alcanza a reparar aquellos perjuicios que se han producido en el intervalo de tiempo que ha mediado entre la causación del daño y el restablecimiento de la situación *ex ante*<sup>3</sup>. Pues bien, ante la imposibilidad o insuficiencia de la reparación en forma específica se recurre a la reparación por

---

no siempre es adecuada o posible (PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Op. cit.*, p. 193); PANTALEÓN afirma que, correspondiendo al perjudicado esa facultad de elección, el mismo sólo podrá optar por la reparación en forma específica cuando ésta sea material y jurídicamente posible y no requiera gastos desproporcionados (PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario del art. 1902”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Vol. II, Madrid, 1991, p. 2001); ROCA TRÍAS establece como excepciones a la facultad de elección por parte del perjudicado la circunstancia de que la ley prevea la forma en que ha de repararse el daño o el hecho de que una de las formas de reparación resulte imposible (ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales, Op. cit.*, p. 181) e YZQUIERDO excluye la posibilidad de optar por la reparación en forma específica cuando la misma sea imposible o resulte excesivamente onerosa para el responsable en relación con el daño causado (YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, p. 477).

Otros autores consideran que la elección corresponde al juez. Es el caso de SANTOS BRIZ, quien afirma, además, que en dicha elección el juez debe dar primacía a la reparación *in natura*. Se basa para realizar esa afirmación en la preferencia que por dicha forma de reparación se recoge para la responsabilidad contractual en los arts. 1096 a 1098 del Cc (SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pp. 327-328). En sentido similar se pronuncia VICENTE DOMINGO. Esta autora, apoyándose en el art. 112 del CP, entiende igualmente que la elección del modo en que debe llevarse a cabo la reparación del daño incumbe al juez, que debe hacer prevalecer la reparación en forma específica, salvo que la misma sea imposible o excesivamente gravosa para el dañador (VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, *Op. cit.*, p. 279).

Por su parte, ALBALADEJO atribuye preferencia a la reparación *in natura*, sin que, por tanto, el acreedor pueda elegir entre ella y el resarcimiento en dinero, aunque prefiera éste. De hecho, a juicio de este autor, el responsable puede negarse a la indemnización si la reparación en forma específica es posible. Sin embargo, la anterior afirmación no excluye la posibilidad de sustituir la reparación *in natura* por la reparación por equivalente cuando el perjudicado la solicite y el dañador no se oponga o cuando así lo hayan estipulado ambos (ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, Op. cit.*, p. 497). LACRUZ afirma también, con base en el art. 111.1 del CP, la preferencia de la reparación en forma específica, de tal modo que pueden optar por ella tanto el perjudicado como el responsable, salvo que la misma sea excesivamente onerosa para éste en relación con el daño causado (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II...*, *Op. cit.*, pp. 513-514).

<sup>2</sup> Los autores entienden que esa imposibilidad puede deberse a diversos factores. Así, LACRUZ, seguido por YZQUIERDO, señala que concurrirá esa imposibilidad siempre que no sea reiterable el *statu quo ante* (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II...*, *Op. cit.*, p. 513). Para ROCA TRÍAS “puede ocurrir que la reintegración sea imposible, porque requiera inversiones muy costosas o la intervención de un tercero, que no puede o no está dispuesto a colaborar, sin que pueda ser obligado a ello, o bien porque sea imposible la reivindicación. Puede ocurrir también, que esta reparación sea imposible porque se ha destruido el objeto, sin posibilidad de restauración o reparación” (ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales, Op. cit.*, p. 182). VICENTE DOMINGO, por su parte, recoge otro supuesto de imposibilidad de la reparación *in natura*, que es la que se produce en relación con los daños no patrimoniales (VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, *Op. cit.*, p. 280). Por último, se reputa también imposible la reparación en forma específica respecto del daño moral y del lucro cesante, así como respecto de bienes únicos que no tengan sustitutos en el mercado o de daños corporales que no admitan dicha forma de reparación conforme al estado de los conocimientos de la medicina en el momento de producirse. Así se indica en LUNA YERGA, A., PIÑEIRO SALGUERO, J., RAMOS GONZÁLEZ, S. y RÚBÍ I PUIG, A., “Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español”, *InDret* 2/2002, p. 4.

<sup>3</sup> Pensemos en el ejemplo siguiente: un médico, observando una conducta negligente a la hora de practicar una operación quirúrgica, se olvida una gasa en el interior de un paciente. Es cierto que en esta hipótesis es posible restablecer la situación que existía con anterioridad a la producción del daño a través de la práctica de una operación ulterior. Sin embargo, esa reparación sería sólo parcial, pues no alcanzaría a resarcir las molestias que el paciente ya hubiera sufrido a causa de ese “olvido” ni el perjuicio derivado del mayor tiempo que precisará para su total recuperación. Estas otras manifestaciones dañosas deberán ser, en consecuencia, indemnizadas en dinero.

Este inconveniente a la reparación *in natura* fue observado hace años por los hermanos MAZEAUD en Francia [MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho civil*, Parte Segunda, Vol. II (Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 395] y por DE CUPIS, en Italia [DE CUPIS, A., *El daño* (Traducción de la 2ª edición italiana por Angel Martínez Sarrión), Edit. Bosch, Barcelona, 1975, p. 831-832].

equivalente, que es, sin duda y por lo que acabamos de exponer, la más frecuente en la práctica.

En este último modo de reparación de los daños y perjuicios es donde adquiere su razón de ser la valoración, porque consistiendo la reparación por equivalente en la entrega al perjudicado de una cantidad de dinero, ya represente ésta el valor económico del daño sufrido, ya se considere idónea para compensarle los perjuicios soportados, se hace preciso determinar en cada caso cuál ha de ser esa cantidad. Dicho de otro modo, se hace necesario proceder a una valoración, la cual consiste en traducir los daños causados a unidades monetarias, de modo tal que, a través de la suma acordada, se reparen al perjudicado los daños por él sufridos.

## 2. Generalidades

Delimitado el objeto de esta exposición y antes de entrar en el análisis pormenorizado del mismo, se hacen precisas algunas consideraciones previas de alcance general:

1. La reparación de los daños y perjuicios se encuentra presidida por un principio angular, el de la *restitutio in integrum* o reparación integral. Se trata éste de un principio clásico en materia de responsabilidad civil, que encuentra su origen ya en el Derecho romano, pero que sigue conservando en nuestros días, al menos en un plano teórico e ideológico, toda su virtualidad<sup>4</sup>. Esa vigencia del principio citado fue confirmada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su conocida Resolución 75/7, de 14 de marzo de 1975, sobre resarcimiento de daños en caso de lesiones corporales y de muerte. En dicha Resolución, concretamente, en su principio número 1, la idea del resarcimiento integral fue enunciada del modo siguiente: *Teniendo en consideración las normas referentes a la responsabilidad, la persona que ha sufrido un perjuicio tiene derecho al resarcimiento del mismo, en el sentido de que debe ser reintegrada a una situación lo más semejante posible a aquella en que se habría encontrado, si el hecho dañoso no se hubiese producido*. De lo dicho,

<sup>4</sup> Esta última afirmación acerca del verdadero alcance del principio de reparación integral encuentra todo su sentido porque, como se va a comprobar seguidamente, aunque el mencionado principio debe orientar, en todo caso, la tarea de la valoración del daño, en realidad, no siempre es posible alcanzar una íntegra reparación de los perjuicios causados.

En el sentido apuntado son significativas las consideraciones vertidas en torno al mencionado principio por el ex magistrado del Tribunal Constitucional Sr. Mendizábal Allende en el voto particular formulado a la STC 181/2000, de 29 de junio, en las que afirmó lo siguiente: “(...) nuestra Constitución no contiene ninguna regla ni principio alguno que imponga la reparación total de los daños y perjuicios en los casos de indemnización cuya fuente fueren actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (art. 1089 Cc) como tampoco existen en el resto del ordenamiento jurídico. Se trata de un desideratum, algo que se ve como deseable aún a sabiendas de la imposibilidad de hacerlo realidad y, por ello, con plena conciencia de su talante utópico, como muestra la lectura sosegada de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. No hay más reparación total que la *restitutio in integrum* cuando resulta viable. Las indemnizaciones en dinero son siempre aproximativas, nunca exactas por diversos motivos, el primero y principal la diferencia entre valor y precio; otro muy importante también, la concurrencia de elementos inmateriales, como el valor afectivo o el dolor moral y en fin la dificultad de probar no sólo el daño emergente sino el lucro cesante que ha obligado en ocasiones a utilizar el método estadístico, exacto en los grandes números pero impreciso en el caso individual. En definitiva se trata de 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”.

se infiere que la consecuencia que deriva del principio de resarcimiento integral es la exigencia de que al perjudicado le sea reparado todo el daño padecido por él, siempre y cuando ese daño sea imputable a otra persona. Y en la consecución de ese objetivo se hallan implicadas dos condiciones: la primera se concreta en la idea de que la indemnización no puede limitarse a compensar solamente una parte de ese daño, mientras que la segunda viene a precisar que la indemnización no puede exceder el perjuicio efectivamente causado para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del perjudicado<sup>5</sup>. En definitiva, la reparación ha de encontrar el justo equilibrio entre la infracompensación y el enriquecimiento injusto del perjudicado y a este propósito debe responder, en consecuencia, la tarea de la valoración del daño.

2. Como acabamos de afirmar, la valoración del daño ha de estar en consonancia con los objetivos que persigue el principio de la *restitutio in integrum*. Sin embargo, si bien en relación con el daño emergente no plantea dudas la posibilidad de llevar a cabo una valoración objetiva y precisa del perjuicio sufrido, capaz de lograr la reparación integral del mismo, algunos problemas pueden surgir cuando son otros los perjuicios que se pretenden reparar. Así, en las hipótesis de lucro cesante, sobre todo, cuando se trata de lucro cesante futuro, puede resultar difícil calcular con exactitud las efectivas ganancias dejadas de obtener que deben ser reparadas, dada su prolongación en el tiempo y la incidencia sobre las mismas de factores tales como la fluctuación monetaria. Y, por su parte, en los supuestos de perjuicios extrapatrimoniales, la ausencia de criterios objetivos de valoración impide siempre el establecimiento de una relación de equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización acordada.

Ahora bien, las consecuencias que en el ámbito del principio del resarcimiento integral se derivan de una y otra clase de perjuicios son diferentes.

El lucro cesante se caracteriza por la dificultad —que no por la imposibilidad— de aportar la prueba de las ganancias dejadas de obtener por el perjudicado. No obstante, las pérdidas que resulten acreditadas, en cuanto poseen naturaleza patrimonial, son susceptibles, al igual que el daño emergente, de una valoración pecuniaria precisa y, en consecuencia, son susceptibles de reparación integral<sup>6</sup>. Cosa distinta es que el perjudicado afirme haber dejado de obtener mayores ganancias, pero no consiga probar sus afirmaciones, pues en tal caso no estaremos ante un incumplimiento del principio de resarcimiento integral, sino ante perjuicios no resarcibles, al carecer los mismos de uno de los requisitos exigidos para adquirir relevancia a los efectos de la responsabilidad civil, a saber, el relativo a la necesaria prueba del daño sufrido.

A diferencia de lo que sucede en el supuesto anterior, los daños no patrimoniales, al carecer de equivalencia pecuniaria o de *valor aproximativo de referencia*<sup>7</sup> no pueden

<sup>5</sup> VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil, Les effets de la responsabilité*, 2ª ed., Edit. L.G.D.J., 2001, p. 113.

<sup>6</sup> En este sentido se pronuncia VICENTE DOMINGO a través de dos afirmaciones. En primer lugar, afirma que *no se puede renunciar a la reparación integral de forma apriorística en los daños patrimoniales por difícil que sea la prueba, cuya carga corresponde al perjudicado* y, por otro lado, señala que *tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden encajar bien en el principio de la reparación integral* [VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, *Op. cit.*, pp. 281 y 282, respectivamente].

<sup>7</sup> VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, *Op. cit.*, p. 282.



ser valorados conforme a criterios objetivos, por lo que no resulta posible hablar, con respecto a ellos, de reparación integral del perjuicio. Por ello, en esta última hipótesis el principio que nos ocupa adquiere una virtualidad más ideal que real.

3. Una cuestión previa que debemos resolver es la siguiente: a la hora de proceder a la valoración de los daños y perjuicios, ¿cuál es el criterio al que ha de atenderse, el objetivo o el subjetivo? De acuerdo con el criterio objetivo, deberá indemnizarse el valor objetivo o de mercado del bien o interés deteriorado o destruido, mientras que, según el criterio subjetivo, habrá que atender al valor que ese bien o interés represente para el concreto perjudicado. Estamos ante lo que YZQUIERDO TOLSADA denomina, respectivamente, —y, a nuestro juicio, de forma más acertada porque con ello se prescinde de la referencia al valor objetivo o de mercado, del que carecen los daños extrapatrimoniales, y se alude tanto a los perjuicios materiales como a los inmateriales— “daño común”, entendiéndolo por tal el que experimentaría cualquier persona a consecuencia del hecho dañoso, y “daño propio”, esto es, el que soporta una persona concreta en función de sus particulares circunstancias<sup>8</sup>.

La cuestión se plantea porque la valoración de un mismo daño suele variar según se recurra a uno o a otro criterio, como así se aprecia a través del ejemplo que nos proporciona el autor citado y que nos parece altamente ilustrativo: en el caso de falta de entrega por el vendedor de un refrigerador, el daño común estaría representado por la diferencia de su valor de reposición si éste hubiera aumentado, mientras que si el comprador fuese un comerciante de helados, su daño, daño propio, vendría determinado por la imposibilidad de realizar su negocio.

En términos generales, parece que si el fin de la institución de la responsabilidad civil es reparar el daño realmente causado, habrá de atenderse a un criterio subjetivo de valoración. Así lo entienden la mayor parte de los autores<sup>9</sup> y así lo han entendido igualmente nuestros Tribunales. Como ejemplo de ello podemos mencionar la SAP de Barcelona de 2 noviembre de 2000<sup>10</sup>. Alude esta sentencia a una demanda interpuesta por la entidad “Serveis Immobiliaris Cabrils, S.L.”, empresa dedicada a la intermediación inmobiliaria, contra “Telefónica de España, S.A.” por el incorrecto funcionamiento de las líneas telefónicas contratadas por la demandante, funcionamiento defectuoso que se concretaba en que, en ocasiones, durante el periodo comprendido entre octubre de 1996 y junio de 1997, no se recibían las llamadas procedentes del exterior. La entidad prestadora del servicio de telefonía había reintegrado a su contratante las cuotas satisfechas durante los meses en que el servicio no fue satisfactorio, pero, a pesar de ello, la entidad afectada por el incorrecto

<sup>8</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, p. 144.

<sup>9</sup> A modo de ejemplo, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario del art. 1902”, *Op. cit.*, p. 1190; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, *Op. cit.*, p. 127 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, p. 145.

El mismo criterio se sigue en la doctrina extranjera. Por poner sólo dos ejemplos, *vid.*, en Italia, DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, p. 344 y en Argentina, STIGLITZ y ECHEVESTI, quienes recuerdan que todavía hay defensores de la toma en consideración de un criterio objetivo de valoración, como es el caso de MOSSÉT ITURRASPE (STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A., en MOSSÉT ITURRASPE (Dir.), *Responsabilidad civil*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pp. 297 y 298).

<sup>10</sup> Art. Civ. 2001/33.

funcionamiento de la línea telefónica reclamó, por medio de la demanda interpuesta en Primera Instancia, la indemnización de los perjuicios sufridos a causa de aquél. Esa demanda fue desestimada, por lo que la actora interpuso recurso de apelación ante la AP. Ésta, tras dar por probado el relato fáctico aportado por la entidad apelante, vierte consideraciones como las siguientes: *no cabe sino admitir a priori la indudable repercusión que para una empresa que se dedica a la intermediación inmobiliaria y que desempeña su actividad en buena medida mediante la inserción de anuncios en medios de comunicación, ofreciendo como fundamental —aunque no siempre único— sistema de contacto para los posibles compradores la indicación de los números de teléfono a donde pueden dirigirse, hubo de tener la avería de las líneas telefónicas o Tampoco se ha de perder de vista que el problema no era sencillo de detectar para la demandante pues lo que ocurría era que no siempre entraban las llamadas, llamadas que en buena medida (estamos hablando de teléfonos comerciales) hay que presumir serían de potenciales clientes.* Estas consideraciones son las que el Tribunal tiene en cuenta a la hora de valorar el daño y, por tanto, de cuantificar la indemnización debida por la demandada “Telefónica de España S.A.” a la entidad actora. Así, basándose en los pedimentos de esta última, que solicitaba que se fijase como indemnización una proporción de los gastos de publicidad, personal y mantenimiento en general de la empresa durante el periodo en que se detectaron los problemas en las líneas telefónicas, concluyó la AP que, si bien no hay base suficiente para hacer responder a la entidad demandada de un porcentaje de los gastos fijos generales y de personal de “Serveis Inmobiliaris Cabrils, S.L.”, no sucede lo mismo con la inversión realizada por ésta en publicidad durante el mismo periodo, puesto que parte de esa inversión (no toda, porque el funcionamiento de las líneas telefónicas era intermitente y, en algunos anuncios aparecía también la dirección de las oficinas de la actora) resultó inútil por causa imputable a la demandada. Con base en todo lo anterior, la Audiencia condenó a la demandada a satisfacer a la actora una indemnización que fijó en el 50% del gasto realizado en publicidad durante el periodo señalado y que, traducida en dinero, dio como resultado la cantidad de 1.141.561 pesetas.

Este ejemplo pone de manifiesto que el Tribunal ha tenido en cuenta el “daño propio”, pues resulta evidente que si hubiera prescindido de las concretas circunstancias de la actora (ser entidad dedicada a la intermediación inmobiliaria, realizando gran parte de sus operaciones por vía telefónica), la valoración del perjuicio, de haberse apreciado éste<sup>11</sup>, no habría alcanzado dicha suma.

4. Es necesario precisar el momento en el que debe llevarse a cabo la valoración de los perjuicios. Podría parecer, en principio, que lo lógico sería atender al valor que tuviese el bien o interés dañado en el momento en que acaeció el hecho dañoso. Y así se ha de hacer efectivamente cuando la reparación del daño siga inmediatamente

---

<sup>11</sup> Esa apreciación de la existencia del perjuicio no parece probable de haber sido el perjudicado un particular cuyo medio de subsistencia no dependiese del teléfono. Sobre todo, teniendo en cuenta que la empresa prestadora del servicio telefónico defectuoso reintegró al perjudicado las cantidades percibidas durante el periodo en que tuvo lugar el mal funcionamiento de la línea.

a su causación. Sin embargo, cuando entre el hecho dañoso y el pago de la indemnización transcurre un cierto lapso de tiempo es posible que la solución apuntada (valoración en el momento de la causación del perjuicio) no sea apta para cumplir el fin reparador que a la responsabilidad civil se asigna como propio. En efecto, en el transcurso de ese lapso de tiempo pueden producirse dos tipos de circunstancias determinantes de un cambio en la valoración del perjuicio. Son las que la doctrina extranjera suele denominar variaciones intrínsecas y variaciones extrínsecas<sup>12</sup>:

- a. Las *variaciones intrínsecas* hacen referencia a las agravaciones o atenuaciones que experimenta el daño en su propia entidad desde el día en que el mismo tiene lugar hasta el momento en que se dicta la sentencia que se pronuncia sobre la responsabilidad. Pensemos, por ejemplo, en una incapacidad para el trabajo derivada de una lesión corporal. Es probable y relativamente frecuente que la misma vaya reduciéndose con el paso del tiempo. Por eso, si se valora con referencia al momento en que la conducta dañosa se produjo, la incapacidad podría ser del 100%, mientras que si se aprecia al cabo de un año, tal vez se haya reducido al 50%, reducción que repercutirá de forma notable en la entidad del perjuicio que hay que resarcir, porque en tal caso habría que tener en cuenta el 100% de incapacidad durante un año, pero el 50% durante los siguientes<sup>13</sup>.

Sin embargo, no todas las variaciones intrínsecas que se produzcan antes de la sentencia pueden ser tenidas en cuenta por nuestros tribunales porque éstos han de respetar el principio procesal de congruencia, contenido en el art. 218 de la vigente LEC. Según este principio, las sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas por las partes, de modo tal que en las mismas se ventilen todas las cuestiones y se decidan todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate entablado entre las partes, además de condenar o absolver al demandado. Este principio supone que el tribunal sólo puede valorar los daños que hayan sido alegados y probados por el actor en el curso del proceso, lo que implica que si antes de la sentencia, pero con posterioridad a la preclusión de los trámites previstos para la alegación de hechos y para la formulación de pretensiones, se producen agravaciones de daños ya manifestados o surgen daños nuevos conectados causalmente con el hecho dañoso, el juez no podrá tenerlos en cuenta. Nada impedirá, no obstante, que, en tales hipótesis, el actor inicie con posterioridad un nuevo proceso en reclamación de tales perjuicios, puesto que no existirá, respecto de ellos, cosa juzgada. Así se desprende del tenor literal del párrafo 2º del art. 222 LEC, según el cual, *se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los*

<sup>12</sup> Así las denominan MAZEAUD y CHABAS en *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tomo III, Vol. 1º, 6ª ed., Éditions Montchrestien, París, 1978, pp. 786 y 796. Emplean la misma denominación los argentinos STIGLITZ, G. A. y ECHEVESTI, C. A., en MOSSET ITURRASPE (Dir.), *Responsabilidad civil*, *Op. cit.*, p. 310.

<sup>13</sup> Ejemplo tomado de los hermanos MAZEAUD (*Lecciones de Derecho civil*, *Op. cit.*, p. 398).

*posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”.*

La misma solución (iniciar un nuevo proceso) habrá que aplicar cuando las variaciones tengan lugar con posterioridad a la sentencia recaída en el primero de los pleitos.

- b. Por su parte, las *variaciones extrínsecas* vienen representadas, no por un cambio en la entidad o materialidad del daño, sino por una alteración en su apreciación económica, que es debida a la fluctuación monetaria. Es decir, en estos casos el daño no varía, pero sí lo hace el valor del dinero en curso y, por tanto, la cantidad de unidades monetarias que se precisan para colocar al perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el evento dañoso no hubiese tenido lugar o, de ser ello imposible, para compensarle el daño sufrido. Y es evidente que en el mundo en que vivimos, en el que la depreciación monetaria es una constante, la cuestión de si esa depreciación debe ser o no tomada en consideración por el juez a la hora de valorar el daño no puede pasarse por alto.

Aunque inicialmente se oponía a la toma en consideración de la fluctuación monetaria el principio nominalista aplicable a las obligaciones pecuniarias, según el cual el deudor queda liberado entregando al acreedor la suma expresada en el título de la obligación, hoy está fuera de toda duda que las deudas debidas en concepto de resarcimiento de daños no son deudas de suma, sino deudas de valor<sup>14</sup>, por lo que debe tenerse en cuenta, al fijar la cantidad debida, la devaluación de la moneda producida entre el momento de la causación del daño y el momento en que tiene lugar la liquidación de la indemnización. Se aplica, por tanto, el llamado principio valorista<sup>15</sup>.

Es cierto, sin embargo, que la aplicación de este principio no es fácil cuando nos enfrentamos a la valoración de daños futuros (*v.gr.*, los que pueden derivar de una incapacidad permanente) porque en estos casos no es posible prever las posibles fluctuaciones de la moneda. Además, en tales hipótesis suele concederse una indemnización en forma de capital, cuando no cabe duda que la valoración de tales daños resultaría mucho más acertada si la indemnización fuese fijada en forma de renta, puesto que la misma presentaría dos ventajas significativas: por un lado, se ceñiría a la efectiva duración del perjuicio y, por otro, podría tener en cuenta las futuras fluctuaciones monetarias mediante la fijación de un factor de corrección de dicha renta, factor que podría concretarse en el IPC. Sin embargo, los Tribunales no son proclives a conceder indemnizaciones en forma de renta y, menos aún, desde que aplican los baremos previstos en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de

<sup>14</sup> En tal sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en múltiples ocasiones. Entre las resoluciones más recientes podemos citar las SSTS (Sala de lo Civil) de 25 de mayo de 1998 (RJ 1998/3998); 21 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8751), 28 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9698); 15 de julio de 1999 (RJ 1999/5905); 15 de marzo de 2001 (RJ 2001/3195) y 2 de abril de 2004 (RJ 2004/2607).

<sup>15</sup> Sobre la evolución del principio nominalista al principio valorista en el ámbito de las obligaciones debidas en concepto de indemnización de daños, *vid.* SANTOS BRIZ, que dedica todo un capítulo de su obra a tratar esa cuestión (SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, pp. 387-408).

Vehículos a Motor, ya lo hagan de forma vinculante en el ámbito de los accidentes de circulación, ya con carácter orientativo fuera de dicha esfera<sup>16</sup>.

Una de esas escasas hipótesis de concesión de una indemnización en forma de renta la encontramos en la STS de 21 de diciembre de 1999<sup>17</sup>. En esta sentencia, en la que, por cierto, no se combate la valoración del daño, se contiene un resumen del supuesto de hecho que dio lugar a la reclamación de la indemnización. Se trataba del accidente sufrido el día 11 de enero de 1990 por un joven, sordomudo de nacimiento y de 20 años de edad, que se encontraba en un paraje de la provincia de Granada cuando de uno de los cables de la línea aérea de alta tensión que atravesaban el lugar recibió una fuerte descarga eléctrica, que le causó graves lesiones que le dejaron una serie de secuelas, entre ellas, amputación del brazo derecho a nivel del hombro y pérdida de sensibilidad y tono muscular de la mano izquierda que hicieron ineficaz ese miembro. Con posterioridad a dicho accidente y a consecuencia del mismo, el joven fue declarado judicialmente incapaz para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes, por lo que fueron sus padres, que habían sido nombrados tutores, quienes ejercitaron la acción de responsabilidad por culpa extracontractual contra la entidad “Compañía Sevillana de Electricidad, S.A.”, propietaria de la línea de alta tensión, y contra la entidad “La Unión y El Fénix Español, S.A.”, aseguradora de aquella. A través del proceso promovido solicitaron dos pretensiones alternativas: a) que se condenase a las sociedades demandadas a pagar al perjudicado, de forma solidaria, la cantidad de 100 millones de pesetas, más los intereses legales a contar desde la interposición de la demanda; b) o, subsidiariamente, al pago de 50 millones de pesetas de una sola vez, con los intereses respectivos, más una pensión mensual vitalicia y revalorizable según las variaciones del IPC o sistema que lo sustituya de 250.000 pesetas.

El JPI estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar al actor la cantidad de 19.750.000 pesetas y una renta vitalicia de 200.000 pesetas mensuales, actualizable anualmente según el IPC o sistema que lo sustituya. Apelada esta sentencia, la AP de Granada modificó solamente la cuantía de la indemnización concedida, que elevó hasta 30 millones de

---

<sup>16</sup> Cada vez es más frecuente el empleo por los Tribunales de las tablas contenidas en el Anexo de la LRCSCVM con carácter orientativo para valorar los daños causados a las personas en accidentes producidos al margen de la circulación vial. Como ejemplos de esta orientación podemos citar varias sentencias de Audiencias Provinciales. En concreto: SAP Vizcaya de 5 de enero de 2001 (AC 2001/132); SAP Vizcaya 5 de enero de 2001 (AC 2001/133); SAP Murcia de 10 de enero de 2001 (AC 2001/184); SAP Jaén de 16 de enero de 2001 (AC 2001/193). También el Tribunal Supremo viene haciendo igual empleo orientativo de los baremos para la valoración de los daños personales contenidos en la mencionada Ley. Así lo hizo, entre otras, en la STS (Sala 3ª) de 4 de octubre de 1999 (RJ 1999/8539) para cuantificar la indemnización por daño moral que la Administración sanitaria debía entregar a los parientes del enfermo que se suicidó en el centro hospitalario al que acudió.

Ahora bien, el empleo orientativo de los baremos previstos para la valoración de los daños derivados de la circulación de vehículos de motor en ámbitos diversos de éste no puede implicar, en ningún caso, la vinculación de los Tribunales a tales baremos, porque ello podría implicar una infravaloración del perjuicio efectivamente causado, al introducir en la valoración de éste límites cuantitativos no queridos por la ley fuera del ámbito expresamente previsto en ella. Así lo ha expresado recientemente la Sala 1ª del TS en sentencia de 20 de junio de 2003 (RJ 2003/4250).

<sup>17</sup> RJ 1999/9203.

pesetas, manteniendo la renta vitalicia en los mismos términos que el fallo anterior. Interpuesto recurso de casación por parte de la compañía aseguradora, el TS declaró no haber lugar al mismo.

A la vista de todo lo anterior, queda patente que valorando el daño en el momento en que el mismo acontece no se tienen en cuenta las variaciones señaladas, por lo que al perjudicado no se le repara el daño efectivamente causado, que es lo que se pretende con el principio del resarcimiento integral. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han llegado a la conclusión de que para valorar el daño el juez tiene que situarse en el momento en que se dicta la sentencia o, en su caso, en el momento de su ejecución<sup>18</sup>. Siendo más precisos, debe situarse en el tiempo en que se liquida la deuda indemnizatoria. Sólo aplicando esta solución es posible tener en cuenta las variaciones que le afectan y llegar, en consecuencia, a una adecuada reparación, respetuosa con el principio de la *restitutio in integrum*.

5. Finalmente, hay que señalar que los tribunales, a la hora de llevar a cabo la valoración del daño y, de nuevo, en virtud del principio procesal de congruencia, se encuentran constreñidos por la cuantía solicitada por el actor en su demanda, lo que significa que podrán valorar el perjuicio en una cantidad inferior, pero nunca superior a la pretendida por aquél.

Esta circunstancia, que con la LEC anterior había perdido buena parte de su virtualidad debido a la excesiva flexibilidad con que el Tribunal Supremo interpretó el art. 360 de esa Ley y que llevó a que en la mayoría de los casos el demandante no cuantificase en su demanda el importe de los perjuicios reclamados, retrasándose la valoración del daño hasta el trámite de ejecución de sentencia<sup>19</sup>, ha recobrado actualmente todo su significado e importancia porque la vigente LEC, de 7 de enero de 2000, ha prohibido las llamadas sentencias de condena con reserva de liquidación, esto es, aquellas sentencias en virtud de las cuales se condena al demandado al pago

---

<sup>18</sup> En cuanto a la doctrina, comparten esta opinión, entre otros, los españoles PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario del art. 1902", *Op. cit.*, p. 1993 y SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, p. 332; los italianos DE CUPIS, A., *El daño*, *Op. cit.*, pp. 372-374 y BALDASSARI, A., *Il danno patrimoniale*, Edit. Cedam, Padova, 2001, p. 813-814; los franceses MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho civil*, *Op. cit.*, p. 399 y VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de Droit Civil*, *Op. cit.*, p. 140; así como los argentinos STIGLITZ, G.A. y ECHEVÉSTI, C.A., en MOSSET ITURRASPE (Dir.), *Responsabilidad civil*, *Op. cit.*, p. 310.

Por lo que a la jurisprudencia española se refiere, *vid.*, de nuevo, las sentencias citadas en la nota nº 14.

<sup>19</sup> El art. 360 de la LEC de 1881 prescribía lo siguiente: *Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Y en un segundo párrafo: Sólo en el caso de no ser posible ni lo uno ni lo otro se hará condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia.*

El segundo párrafo de este precepto, en lugar de ser interpretado como lo que realmente era (una excepción a la regla general contenida en el párrafo primero) fue objeto de una interpretación extensiva por parte de los tribunales, que les llevó a aplicar lo dispuesto en él siempre que las partes así lo solicitasen o ellos mismos considerasen que carecían de bases suficientes para fijar la cuantía del daño. De este modo, el retraso de la liquidación de las cantidades debidas por el demandado al trámite de ejecución de sentencia se convirtió en algo habitual, hasta el punto de que algún autor llegó a sugerir, como solución que permitiría sortear el problema de la producción de nuevos daños o de la agravación de los ya existentes durante el curso del proceso, *que el demandante no se autolimite, reduciendo la cuantía de la indemnización solicitada a los daños que de modo taxativo y no ampliable enumere en su demanda, sino que, por el contrario, formule ésta pidiendo que le sean indemnizados los daños "que se acrediten en el juicio o en ejecución de sentencia"*, (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, *Op. cit.*, p. 916).

de una cantidad imprecisa de dinero cuya determinación o liquidación se retrasa hasta un momento posterior, que no es otro que el trámite de ejecución de sentencia. Dicha prohibición se contiene en el art. 219, que impone al actor que reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero la necesidad de cuantificar su importe en la demanda, sin que pueda retrasar su determinación al trámite de ejecución de sentencia y, de no ser posible dicha cuantificación, le ordena fijar claramente las bases conforme a las cuales deba efectuarse la liquidación, de modo tal que ésta consista en una simple operación aritmética.

### 3. Tipos de daños resarcibles

Efectuadas estas precisiones, pasaremos a estudiar las principales cuestiones que suscita la valoración del perjuicio en relación con las diferentes categorías de daños resarcibles.

#### 3.1. Daños patrimoniales

##### 3.1.1. Daños emergentes

Se entienden por tales, conforme al art. 1106 del Cc, las pérdidas sufridas, las cuales equivalen al menoscabo o destrucción de bienes que en el momento en que tiene lugar la conducta dañosa ya formaban parte del patrimonio del perjudicado. Nos encontramos, pues, ante disminuciones patrimoniales que, en principio, por ser evaluables en dinero, no entrañan especiales problemas de valoración.

No obstante, una cuestión que sí se plantea en estos casos es la de determinar la indemnización que debe concederse cuando el daño ha recaído sobre un objeto usado porque, en tales hipótesis, puede suceder que el coste de reparación del objeto en cuestión sea superior al valor que el mismo tenga en el mercado. El ejemplo paradigmático de supuestos de este tipo es el que se plantea en relación con los vehículos que resultan dañados como consecuencia de accidentes de circulación. A este respecto, existe un gran número de resoluciones procedentes de Audiencias Provinciales, cuya lectura nos conduce a la conclusión de que, aun cuando las soluciones concretas varían en función de las circunstancias de cada caso, el objetivo que todas ellas persiguen es lograr la íntegra reparación del perjuicio causado.

Como muestra de la afirmación precedente merece ser citada la SAP de Baleares de 12 de noviembre de 1996 (AC 1996/2167) que se refiere a un supuesto de siniestro total del vehículo, en el que el JPI había concedido como indemnización el valor venal del mismo incrementado en un 20% en concepto de valor de afección. Frente a la reclamación del actor, que pretende un incremento de la cuantía señalada se pronuncia la AP, rechazando su pretensión y resumiendo en la sentencia la práctica seguida por la Sala. Así, afirma que *esta Sala no ha adoptado una regla general sino, al contrario, soluciones concretas que tienen en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, aunque sin perder de vista que la finalidad de toda acción indemnizatoria es conseguir la total indemnidad de la víctima, evitando, eso sí, que pudiera producirse un enriquecimiento injusto. De cualquier forma, nunca este Tribunal ha concedido como indemnización el estricto valor venal, en*

*ocasiones aplica un incremento por las molestias causadas por la privación del vehículo, gastos de matriculación del que se adquiriera e incluso valor de afección; otras veces y teniendo en cuenta que el vehículo siniestrado, aunque usado, tenía una utilidad para su titular, se concede no el valor venal, sino el de adquisición, en el mercado de segunda mano, de un automóvil de características semejantes a aquel que ha quedado inservible”.*

En todo caso, pese a que efectivamente las soluciones varían en función del caso concreto, es posible extraer de la jurisprudencia menor una doctrina bastante uniforme en materia de reparación de los daños causados a los vehículos en accidentes de circulación. Esa doctrina, orientada, como hemos dicho, a la consecución de la íntegra reparación, otorga preferencia al coste de la reparación del vehículo sobre el valor venal del mismo, aun cuando el primero sea superior al segundo<sup>20</sup>. No obstante, las Audiencias reconocen que esa doctrina general *no puede aplicarse a todos los casos, pues cuando la diferencia entre el valor venal y el importe de la reparación es grande, existiendo notoria desproporción entre ambos, se impone una corrección que impida el injusto enriquecimiento del propietario, que sobre un vehículo de escaso valor ve realizadas unas reparaciones que indudablemente suponen una mejora más allá de una mera reparación. Y este esquema debe traducirse en un análisis de las circunstancias que concurran en cada caso*<sup>21</sup>.

Por otra parte, en lo referente, no ya a la reparación, sino a la sustitución de piezas usadas por otras nuevas, que suponen la introducción de mejoras en el objeto dañado, es destacable la SAP de La Rioja de 20 de marzo de 1998<sup>22</sup> relativa a los daños causados en una de las llantas de un camión con ocasión de encontrarse éste con unos palés de madera en un tramo en que la empresa demandada ejecutaba unas obras. La entidad demandada pedía que se rebajase la cuantía de la indemnización basándose para ello en que la llanta dañada del camión tuvo que sustituirse por una nueva, con lo que el perjudicado salía beneficiado. Sin embargo, esa pretensión fue rechazada por la AP, bajo el argumento de que el perjudicado tuvo que efectuar el desembolso correspondiente al repuesto nuevo cuando antes del evento todavía tenía un neumático útil durante cierto tiempo<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> En tal sentido, la SAP de Teruel de 14 de enero de 1999 (AC 1999/179) afirma lo siguiente: *el hecho de que el precio de reparación supere el valor del vehículo no puede ser considerado como enriquecimiento injusto para el perjudicado, pues conforme al art. 1902 del Código Civil, aquél tiene derecho a restablecer la situación anterior a la producción del evento dañoso y conservar su propio vehículo reparado, sin que sirva para desvirtuar este argumento la alegación de que un vehículo de la misma marca, modelo y antigüedad tenga un valor en venta inferior al precio de reparación, pues no puede compelerse al perjudicado a admitir la sustitución de su vehículo por otro usado, no sólo por la posible dificultad para encontrar el mismo en el mercado, sino por el riesgo de que aquél pudiera tener vicios o defectos ocultos que afectasen a su ulterior funcionamiento.*

<sup>21</sup> Así se afirma expresamente en las SSAP de Murcia de 8 de febrero de 2000 (AC 2000/5152) y de 30 de mayo de 2000 (AC 2000/2575), las cuales, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, acordaron indemnizar al perjudicado con una cuantía intermedia entre el valor venal y el coste de reparación, en el primer caso, y con el valor venal del vehículo incrementado en un 30 % en concepto de valor de afección, en el segundo.

<sup>22</sup> AC 1998/4159.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, *vid.* la SAP de Palencia de 3 de diciembre de 1999 (AC 1999/2473), así como la SAP de Murcia de 17 de marzo de 2003 (JUR 2003/123570).

En cambio, en contra de este criterio se pronunció la SAP de Burgos de 24 de enero de 2000 (AC 2000/2754).



La misma solución (no imputación del mayor coste que supone la sustitución al sujeto perjudicado) debe acogerse, a mi juicio, en los supuestos de sustitución de un objeto usado por otro nuevo cuando esa sustitución sea el único modo posible de reparación completa del daño<sup>24</sup>. Fuera de estas hipótesis, es decir, cuando la sustitución se lleve a cabo porque así lo prefiere el perjudicado, pese a ser posible y adecuada la reparación del objeto dañado, lo lógico será que se haga asumir a aquél la diferencia entre el coste de sustitución y el de reparación<sup>25</sup>.

Del mismo modo que en los supuestos anteriores los tribunales tratan de evitar que al perjudicado se le entregue una indemnización inferior a la que realmente le corresponde por ser la precisa para colocarlo en una situación lo más próxima posible a aquélla en la que se encontraría de no haberse producido el hecho dañoso, los mismos han de evitar también que el perjudicado pretenda beneficiarse con la indemnización. Esto es lo que el TS impidió en la sentencia de 2 de abril de 1997<sup>26</sup>. En este caso, la Comunidad de Propietarios del Edificio Montecarlo interpuso demanda contra la Comunidad de Propietarios del Edificio Cap Martín, ambos situados en la localidad mallorquina de Santa Ponsa, en la que la primera pretendía la indemnización de los daños y perjuicios causados por el derrumbamiento de parte de un muro de contención del terraplén de su edificio a causa del agua que rebosó del aljibe que prestaba servicio a ambas comunidades. Ello fue debido al deterioro de una llave o válvula de seguridad situada en la tubería que llevaba el agua al Edificio Cap Martín. Habiendo sido condenada la demandada al pago de una indemnización fijada por la AP de Palma de Mallorca en 773.318 pesetas, la actora interpuso recurso de casación en el que denunció, entre otros motivos, infracción del art. 1106 del Cc por inaplicación. Lo que pretendía la actora era que se condenase a la Comunidad de Propietarios del Edificio Cap Martín a la construcción de un nuevo muro que paliase las deficiencias técnicas del anterior. Sin embargo, el TS entendió que la condena establecida, que cubría el valor de la reparación del muro, satisfacía plenamente el principio de indemnidad. Declaró así que *restaurado el muro a su estado anterior al evento dañoso no puede imponerse al causante del daño la ejecución de un nuevo muro que supla la carencia de eficacia en orden a la contención del talud de que adolece aquel muro*.

### 3.1.2. Lucro cesante

Los lucros cesantes o ganancias dejadas de obtener constituyen la segunda de las partidas integrantes de los daños patrimoniales. Se concretan estos perjuicios en la falta de consecución o de materialización de ganancias que habrían ingresado en el patrimonio del perjudicado de no haber tenido lugar el hecho dañoso.

Los daños por lucro cesante presentan como mayor dificultad la relativa a la determinación y prueba de su existencia, dado que tal determinación requiere una

<sup>24</sup> Así lo entendió la SAP de Córdoba de 13 de diciembre de 1999 (AC 1999/2251).

<sup>25</sup> En este sentido, se pronunciaron las sentencias de la AP de Teruel de 26 de mayo de 2004 (JUR 2004/180506) y de la AP de Toledo de 10 de diciembre de 2004 (JUR 2004/100267).

<sup>26</sup> RJ 1997/2727.

reconstrucción de los hechos proyectada al futuro<sup>27</sup>. Ahora bien, una vez determinada su existencia, la valoración de los lucros cesantes, en cuanto que los mismos constituyen daños patrimoniales, deberá regirse por los mismos criterios que los empleados para valorar el daño emergente.

Sin embargo, en relación con el lucro cesante se plantea una interesante cuestión: la que consiste en determinar si el resarcimiento integral implica, una vez probada la existencia de tal daño, que deben indemnizarse las ganancias netas, o bien los beneficios brutos dejados de obtener. En este punto, la jurisprudencia ha entendido que la indemnización debe cubrir el importe neto de las ganancias que se han frustrado a causa del evento dañoso. Así se dispone expresamente en las SSTS de 21 de octubre de 1996<sup>28</sup> y de 5 de noviembre de 1998<sup>29</sup>.

La primera de ellas hace referencia a un supuesto de responsabilidad contractual, concretamente, a un caso de incumplimiento de contrato de arrendamiento de teatro. La entidad arrendataria solicitó que se condenara a la arrendadora a indemnizarle, entre otros conceptos, el lucro cesante, que fijó en la cantidad que resultaría de los beneficios obtenidos en taquilla por la venta de las entradas. El JPI estimó esa petición, pero en apelación la AP revocó la anterior sentencia y declaró que la indemnización por lucro cesante se fijaría en ejecución de sentencia en una cantidad equivalente a la declarada en el Impuesto de Sociedades como beneficios obtenidos en la anterior representación en el mismo teatro. Impugnado en casación este fallo en lo relativo a la fijación del lucro cesante, el TS desestimó el motivo, afirmando que si la AP rechazó las cuentas que presentó la recurrente para fijar el lucro cesante lo hizo con toda la razón, pues la documentación aportada resultaba insuficiente al no atender a gastos inevitables, tales como el IVA, los derechos de autor y otros que, según los términos del contrato, corrían por cuenta exclusiva de la arrendataria.

La segunda de las sentencias citadas, de 5 de noviembre de 1998, alude a un supuesto de responsabilidad extracontractual. Se trataba de la rotura de un cable subterráneo de Telefónica a causa de las labores de perforación llevadas a cabo por una máquina excavadora para colocar un poste. “Telefónica de España S.A.” interpuso demanda contra la empresa comitente de los servicios, contra el conductor y contra el propietario de la excavadora reclamando indemnización de daños y perjuicios. Por lo que se refiere al lucro cesante, el JPI declaró que el mismo no había resultado probado. La AP, pese a reconocer que el dictamen aportado por la actora para fundamentar su reclamación del lucro cesante se basaba en datos meramente estadísticos, que no constaba en él el tiempo de interrupción del servicio y que no se descontaban los gastos generales, condenó a los demandados a indemnizar el lucro cesante, si bien en menor cantidad que la solicitada por la actora. Este pronunciamiento fue anulado por el TS con base en los propios datos expuestos por la AP, entre ellos, la circunstancia de pedir un beneficio bruto.

---

<sup>27</sup> Así lo afirma igualmente VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, *Op. cit.*, p. 240.

<sup>28</sup> RJ 1996/7235.

<sup>29</sup> RJ 1998/8404.

Por último, hay que añadir que en España, el lucro cesante derivado de la incapacidad, tanto temporal como permanente, de las víctimas de accidentes de circulación ha sido incluido en el “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, comprendido en el Anexo de la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados<sup>30</sup>. Ello implica que la valoración de ese lucro cesante debe ceñirse, en todo caso, a las cuantías recogidas en las Tablas o baremos de dicha Ley, que establecen unas indemnizaciones básicas y unos factores de corrección de dichas indemnizaciones básicas.

Esta baremación del lucro cesante, si bien limitada al ámbito de los accidentes automovilísticos, constituye una particularidad del sistema jurídico español y ha recibido críticas, no sólo por parte de la doctrina española, sino también de la comparada, críticas que no podemos más que compartir, pues si el sometimiento a criterios legales de valoración puede estimarse adecuado cuando de daños extrapatrimoniales se trata, en la medida que la valoración de los mismos no puede llevarse a cabo por medio de criterios objetivos, no puede decirse lo mismo cuando lo que se pretende es baremar daños patrimoniales, como el lucro cesante, pues los mismos han de ser valorados en concreto, sobre la base de los datos objetivos proporcionados por las pruebas aportadas<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Esa Disposición Adicional Octava modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, la cual pasa a denominarse en virtud de dicha reforma Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

<sup>31</sup> Es muy amplia la lista de autores españoles que han criticado el sometimiento de la valoración del lucro cesante a los baremos indemnizatorios de la Ley 30/1995. Entre ellos, citaremos a PANTALEÓN PRIETO, F., “Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: La valoración de los daños personales en el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, junio 1995, pp. 387 y 388; VICENTE DOMINGO, E., “Comentario crítico al baremo de daños corporales de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado”, *Revista Española de Seguros*, nº 85, enero-marzo 1996, pp. 48-50; XIOL RÍOS, J. A., “Breve impresión sobre el sistema de valoración de daños introducido por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, *Ibidem*, p. 54; SOTOMAYOR ANDUIZA, E., “Algunas consideraciones sobre el nuevo baremo publicado como Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”, *Ibidem*, p. 60; MEDINA CRESPO, M., “La tabla de indemnización por incapacidad temporal”, *Ibidem*, p. 129; DURÓ VENTURA, C., “Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Principales aspectos prácticos de la nueva regulación y problemática de su aplicación”, *Revista General del Derecho*, nº 619, abril 1996, p. 3296; IGLESIAS REDONDO, J. I., “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”, *Actualidad Civil Aranzadi*, 1996-4, p. 988; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Terciando en la inconstitucionalidad del sistema de valoración de los daños personales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 28 agosto 1997, p. 2 o TASENDE CALVO, J. J., “Sistema legal de valoración de los daños personales. Aspectos constitucionales. Baremo y seguro obligatorio”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, septiembre 1997, p. 468. Más recientemente, destaca la opinión de YZQUIERDO TOLSADA, que habla de *panorama desolador en sede de indemnización por lucro cesante* y afirma que el sistema de baremos *trata aparentemente de proporcionar una uniformidad indemnizatoria en todos los casos de infortunios semejantes, pero que sólo consigue repartir auténticas miserias* (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil...*, *Op. cit.*, p. 152).

Otro autor español, MARTÍN CASALS, además de compartirlas, nos da cuenta de las críticas procedentes de la doctrina extranjera. En concreto, este autor, miembro del *European Group on Tort Law*, alude a las críticas expresadas por los Profesores BUSNELLI y ROGERS a la solución española de someter el lucro cesante a fórmulas baremadas (MARTÍN CASALS, M., “¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas”, Ponencia pronunciada en el *II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, celebrado en Córdoba los días 3 y 4 de mayo de 2001).

### 3.2. Daños extrapatrimoniales

A los efectos de facilitar el conocimiento del modo en que tiene lugar la valoración de este tipo de perjuicios, procederé a realizar, en el seno de la categoría señalada, una distinción entre daños corporales y daños puramente morales. Esta distinción se realiza únicamente con el objeto de simplificar la exposición del tema que nos ocupa y viene justificada en la medida en que fueron básicamente los problemas de valoración de los perjuicios corporales los que dieron lugar a la promulgación de fórmulas baremadas en el ámbito específico de los accidentes de circulación, dando lugar a que, en dicho ámbito, la valoración de tales perjuicios no se remita ya a la libre discrecionalidad judicial, a diferencia de lo que sucede fuera de él, sino que se halle sometida al sistema de tablas contenido en la Ley 30/1995. Ahora bien, más allá de la justificación aludida, vinculada a motivos meramente expositivos, debo precisar que, a mi juicio, no existe razón alguna que permita mantener dicha subdivisión entre perjuicios corporales y morales con carácter general, porque tanto unos como otros daños gozan de una misma naturaleza —extrapatrimonial— y poseen, en consecuencia, unas mismas características, las cuales se pueden concretar en la ausencia de equivalencia pecuniaria y en la consiguiente no sujeción a criterios objetivos de valoración<sup>32</sup>.

#### 3.2.1. Daños corporales

Debido a que recaen sobre bienes o intereses que son inestimables en dinero, no existen criterios objetivos que sirvan de fundamento para la valoración de este tipo de perjuicios. En consecuencia, su valoración se remite a la libre discrecionalidad de los jueces que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, acuerdan la indemnización que estiman oportuna. Ello hace que, en muchas ocasiones, las indemnizaciones concedidas ante supuestos análogos difieran enormemente entre sí, resintiéndose con ello la seguridad jurídica y aumentando la litigiosidad, porque, ante la imposibilidad de prever la cuantía que será fijada por los tribunales, se hace muy difícil llegar a acuerdos extrajudiciales, ya que los perjudicados prefieren acudir a lo que algún autor ha denominado, muy gráficamente, “lotería judicial”<sup>33</sup>.

Por todo ello, el problema que se plantea en torno a estos daños es que ha de buscarse un equilibrio entre un criterio subjetivo, que tenga en cuenta las circunstancias particulares de los concretos perjudicados, y la búsqueda de criterios homogéneos, que aporten una cierta seguridad jurídica y reduzcan la litigiosidad al

---

<sup>32</sup> Comparte esta opinión contraria al mantenimiento de la diferenciación señalada GARCÍA LÓPEZ, R., en *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990, p. 66.

Por el contrario, son partidarios de proceder a esa subdivisión en el seno de los daños extrapatrimoniales, entre otros, GARCÍA SERRANO, F., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, *ADC*, 1972, pp. 802 y 803; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil, Op. cit.*, p. 692 y ss. y VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 49-52. Sin embargo, todos sus argumentos me parecen rebatibles, aunque no sea éste el lugar adecuado para proceder a dicha disquisición.

<sup>33</sup> Emplea esta expresión VICENTE DOMINGO, quien, a su vez, la toma de ISON, *The forensic lottery*, Londres, 1967 (VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración, Op. cit.*, p. 265, nota nº 822).

hacer posibles las previsiones, tanto para los particulares como para las compañías aseguradoras. Lo que ocurre es que esa búsqueda de criterios homogéneos se vuelve extremadamente compleja por los motivos siguientes:

1. La fijación del quantum indemnizatorio constituye una cuestión de hecho reservada a los tribunales de instancia, por lo que no puede ser revisada en casación<sup>34</sup>. En consecuencia, el Tribunal Supremo no puede cumplir, en esta materia, su papel de unificador de criterios judiciales.

2. A pesar de la exigencia constitucional de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE), el Tribunal Supremo admite que éstas concedan las indemnizaciones de daños y perjuicios de forma global, sin separar las distintas partidas o conceptos indemnizatorios, por lo que tampoco por esta vía se puede alcanzar una armonización<sup>35</sup>.

3. En España, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, como Francia, no existen publicaciones periódicas de las sentencias recaídas en materia de daños corporales que permitan la tan deseada armonización de criterios judiciales.

Ante este panorama, las Compañías Aseguradoras, principales perjudicadas por la valoración discrecional de los daños corporales, impulsaron en los años 80 la creación de una serie de Tablas o baremos dirigidos a la valoración de esa clase de perjuicios en un ámbito caracterizado por su elevado grado de siniestralidad: el de los accidentes de circulación. Dicho proceso de elaboración culminó a principios de la década de los 90, concretándose en el llamado *Sistema SEAIDA'91*, que fue elaborado por un grupo de trabajo de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA). Se trataba de un sistema dirigido a las aseguradoras que pretendía proporcionarles criterios orientativos que hicieran posible una mayor previsibilidad de las cuantías a las que eventualmente tendrían que hacer frente. Pero el legislador, sin duda presionado por las compañías de seguros, consideró oportuno dotar de criterios de valoración similares a los jueces y, así, basándose principalmente en el *Sistema SEAIDA*, elaboró el llamado “Sistema para la valoración de daños personales derivados de accidentes de circulación”, al que dio publicidad a través de la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991. Se trataba de un sistema que tenía carácter orientativo a los efectos de fijar la cuantía de las indemnizaciones procedentes. Carecía, pues, de fuerza vinculante para los Jueces y Tribunales.

Sin embargo, los objetivos de uniformidad pretendidos no pudieron conseguirse por medio de un sistema no vinculante, puesto que su carácter orientador determinó que, en la práctica, sólo una parte de los Jueces acudiera al sistema intentando

<sup>34</sup> En ese sentido, se pueden mencionar, entre otras muchas, las más recientes SSTS (Sala 1ª) de 21 de enero de 2000 (RJ 2000/225), 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9310), 13 de julio de 2001 (RJ 2001/5221), 9 de octubre de 2001 (RJ 2001/7554), 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10724), 9 de julio de 2003 (RJ 2003/4617), 17 de mayo de 2003 (RJ 2003/3817), 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8097) o de 3 de febrero de 2004 (RJ 2004/210).

<sup>35</sup> El más significativo ejemplo de esta posición jurisprudencial viene constituido por una STS (Sala 1ª) de 27 de marzo de 2004 (RJ 2004/2068). En ella el recurrente basó su impugnación, entre otros motivos, en uno relacionado con la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, alegando, en concreto, que dicha fijación se llevó a cabo *sin la determinación del quantum de cada uno de los conceptos que la integran (daños morales y daños materiales)*. Frente a esa alegación, el Alto Tribunal desestimó el motivo, afirmando, de manera expresa, que *ambos daños pueden ser objeto de una valoración unitaria*.

adaptar a él sus pronunciamientos en materia de indemnizaciones por daños personales derivados de accidentes de circulación, mientras que el resto de la Judicatura siguió basando sus decisiones en criterios de prudencia y de equidad, por lo que la inseguridad, la desigualdad y la litigiosidad siguieron dominando el panorama de los daños personales también en este ámbito.

Esta situación fue la que determinó la promulgación por parte del legislador de un sistema de valoración de los daños personales de carácter vinculante con el que poder lograr de modo efectivo los fines para los que fue dictada la Orden. Este sistema fue introducido a través de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuya Disposición Adicional Octava modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor —empezando por su propia denominación, puesto que pasa a denominarse Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor— e incorpora un Anexo en el que se recogen una serie de Tablas que delimitan legalmente las cuantías de las indemnizaciones por daños causados a las personas que hay que satisfacer como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual en la que se incurre con motivo de la circulación de vehículos de motor. Se trata de seis Tablas que se estructuran de la siguiente forma: la Tabla I contiene las *Indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales)*; la Tabla II contiene los *Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte*; la Tabla III recoge las *Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales)*; la Tabla IV, los *Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes*; la Tabla V especifica las *Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones)* y la Tabla VI recoge la *Clasificación y valoración de las secuelas*.

Prescindiendo en esta sede de la gran polémica doctrinal y jurisprudencial que generó la introducción de baremos vinculantes para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, polémica que llegó, incluso, a cuestionar la constitucionalidad del Sistema, ha de decirse que éste constituye, hoy por hoy, el medio de valoración con el que en nuestro país se ha intentado hacer frente a los problemas planteados por la discrecionalidad judicial y que, si bien inicialmente fue objeto de rechazos, en la actualidad se viene aplicando por las Audiencias Provinciales, incluso, con carácter orientativo fuera del ámbito para el que fue creado, esto es, fuera del ámbito de la circulación vial<sup>36</sup>.

En cuanto a la opinión que me merece el sistema instaurado por la Ley 30/1995, he de decir que no es plenamente satisfactoria, por los siguientes motivos: a) En primer lugar, responde al interés de los aseguradores, pues no de otra forma pueden explicarse ciertos límites que se recogen en las Tablas, como, por ejemplo, el hecho de que los factores de corrección por daños económicos penalicen a las personas con rentas altas, quienes, independientemente de que sus ingresos superen los diez millones de pesetas, solamente verán incrementada su indemnización en un porcentaje máximo del 75%<sup>37</sup>; b) me parece inadecuada la cuantificación legal del lucro cesante que,

<sup>36</sup> *Vid.*, de nuevo, las referencias contenidas en la nota 16.

<sup>37</sup> *Vid.* Tabla IV.

como daño patrimonial que es, debe valorarse en concreto, a través de las pruebas aportadas; c) la indemnización debería separar claramente las diferentes partidas. Sin embargo, el daño moral se entiende incluido en las cantidades fijadas en las Tablas, lo cual produce la impresión de que, en realidad, no es tenido en cuenta por ellas.

En definitiva, lo que podría haber sido un instrumento útil para lograr una cierta uniformidad en la valoración de los daños corporales y morales, no sólo en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, sino en todos los campos cubiertos por la responsabilidad civil, se ha convertido en una fuente inagotable de problemas y debates a causa de la política legislativa adoptada, en virtud de la cual se prefirió priorizar el interés de las compañías aseguradoras sobre el interés de las propias víctimas. En cualquier caso, y dado que éste es el sistema instaurado, será más conveniente, en lugar de formular críticas meramente destructivas, realizar un esfuerzo de interpretación que, siempre que el Sistema lo permita, conduzca a una más correcta aplicación del mismo. En ocasiones, podrá recurrirse para ello a la analogía, como así lo ha hecho la Sala 2ª del TS en sentencia de 17 de septiembre de 2001<sup>38</sup>, en la que atribuye por vía analógica la condición de perjudicado por muerte de la víctima a quien, sin ser padre biológico ni adoptivo de ésta, venía desempeñando para con ella las funciones propias del progenitor. Es decir, mediante el procedimiento analógico se atribuye la condición de perjudicado a quien no se encuentra contemplado como tal en la Tabla I del Sistema<sup>39</sup>.

Por último, debe mencionarse que hace unos años vio la luz un trabajo llevado a cabo por un grupo de juristas y médicos evaluadores que, presidido por los Profesores Busnelli y Lucas (jurista el primero y médico el segundo), estudió la posibilidad de elaborar un baremo europeo para la indemnización de los daños no económicos. Este trabajo o propuesta sobre “La racionalización de la valoración médico legal de los perjuicios no económicos”, se presentó en junio de 2000 en la Academia Europea de Derecho (Tréveris, Alemania) y en él se recogen una serie de principios y reglas para la armonización de la valoración de las consecuencias no económicas que derivan de los daños causados a las personas. En cualquier caso, aun siendo un trabajo loable, no ha tenido una concreción a corto plazo ni parece que vaya a tenerla por el momento, dado que son todavía muchas y acentuadas las diferencias que, en materia de valoración del daño corporal, existen entre las diversas legislaciones europeas.

### 3.2.2. Daños morales

Se entienden comprendidos en esta categoría, por exclusión, los perjuicios que afectan a intereses extrapatrimoniales distintos de la integridad física o psíquica. Por tanto, los derivados de atentados a los demás bienes o derechos de la personalidad, así como aquellos otros que afectan a los sentimientos más íntimos de la persona y que se concretan en sensaciones tales como pena, disgusto, desazón, etc.

<sup>38</sup> RJ 2001/8349.

<sup>39</sup> Esta cuestión ha sido tratada con detalle por mí en NAVEIRA ZARRA, M. Mª, “Alcance de la enumeración de perjudicados contenida en la Tabla I de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre 2002, p. 841 y ss.

Al igual que ocurría con los daños corporales —con la excepción de los acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos a motor—, no existen criterios legales de valoración de estos perjuicios, que, por su carácter extrapatrimonial, no admiten tampoco una valoración basada en el recurso a criterios objetivos, por lo que la misma queda reservada a la discrecionalidad judicial, generando, en consecuencia, los mismos problemas que con relación a los perjuicios corporales se acaban de exponer.

No obstante, existe un conjunto de criterios a los que suelen acudir los jueces para valorar este tipo de daños. Entre ellos, cabe destacar la toma en consideración de las circunstancias del caso, de la gravedad del daño causado, de la gravedad de la culpa concurrente en el causante del daño, de las circunstancias personales del perjudicado, tales como sexo, edad, condición social y familiar, etc.

El recurso a criterios eminentemente subjetivos puede observarse en la STS de 19 de octubre de 2000<sup>40</sup>, que alude a la imposibilidad de acudir a criterios objetivos de valoración y a la necesidad de tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Se refiere este fallo a un supuesto, cuando menos, singular: habiendo fallecido un paciente en un hospital valenciano, se produjo por parte del personal de éste un curioso “olvido”, consistente en depositar el cadáver en la sala mortuoria del centro, sin comunicar el óbito a la familia del difunto hasta que hubieron transcurrido ocho días desde el fatal acontecimiento. Ante el olvido descrito, el hijo del fallecido interpuso demanda contra el Servicio Valenciano de Salud en reclamación de los daños morales que por dicha causa se le habían irrogado. Frente a las alegaciones del demandado, que afirmaba que la muerte del paciente y el citado “olvido” del cadáver no había causado dolor a su familia y, en concreto, a su hijo, por considerar que el mismo se había desentendido de la víctima, respondió el Tribunal Supremo con las siguientes afirmaciones: *la valoración de los daños morales no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los tribunales de justicia e imposibilita para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso; La indemnización por daños morales no trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que lo que pretende es contribuir a sobrellevar el dolor, y ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece y, en este caso ser el hijo del fallecido, por ello suficientemente legitimado para solicitar la reclamación.*

Respecto a los criterios que suelen ser empleados para valorar el daño moral, es conveniente realizar algunas aclaraciones:

1. El criterio que toma en consideración la gravedad de la culpa del agente ha recibido un gran número de críticas, pues se ha visto en él la intención de asignar a la responsabilidad civil por daño moral un fin punitivo que le es ajeno<sup>41</sup>. En efecto,

<sup>40</sup> RJ 2000/7733.

<sup>41</sup> La idea de que la toma en consideración por parte de los tribunales del grado de culpa de la víctima supone la asignación al Derecho de daños de un fin punitivo tuvo temprana acogida en Francia de la mano de ESMEIN, quien consideró ese hecho como una de las diversas manifestaciones de la pena privada en el Ordenamiento jurídico de su país (ESMEIN, P., *Obligations*, en PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français*, Tomo VI-1º, Edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1930, pp. 752 y 926-927).



si el fin perseguido por esta institución es esencialmente reparador, la valoración de los daños debe atender fundamentalmente a la gravedad del daño causado, porque de lo que se trata es de reparar dicho perjuicio y no de castigar al culpable, razón por la cual el grado de culpa del agente ha de resultar indiferente. Sin embargo, aunque es cierto que la jurisprudencia recurre a este criterio, no lo hace, a mi juicio, con el ánimo de castigar al responsable haciéndole cargar con un plusvalor añadido al del daño mismo, sino que lo hace por una razón de necesidad, que deriva de la inestimabilidad pecuniaria de los daños morales y de la consiguiente falta de aptitud de cualesquiera otros criterios objetivos para posibilitar o facilitar la valoración de tales perjuicios.

2. La indemnización pecuniaria del daño moral, por la propia naturaleza de este perjuicio, no puede colocar al perjudicado en la situación en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. Lo que hace, en cambio, es compensar a la víctima del perjuicio, proporcionándole una cantidad de dinero con la que procurarse, según sus gustos, satisfacciones o placeres que mitiguen, en lo posible, el daño sufrido<sup>42</sup>. Ahora bien, en la cuantificación de la indemnización, aun siendo necesario atender a las particulares circunstancias que afectan al perjudicado, hay una que, a mi modo de ver, no debe tomarse en consideración. Es la relativa a la capacidad económica del perjudicado, porque si se atendiera a este criterio la indemnización tendría que ser mayor para una persona rica, acostumbrada a placeres más costosos, que para una pobre, que seguramente compensaría su dolor con satisfacciones mucho más asequibles. Así las cosas, habrá de concluirse, con LACRUZ, que lo correcto será fijar aquella indemnización apta para compensar a un hombre medio situado hipotéticamente en las circunstancias del perjudicado<sup>43</sup>.

Finalmente, hay que hacer referencia a ciertas excepciones existentes frente a la regla general de la valoración discrecional del daño moral. Esas excepciones están constituidas por los criterios de valoración contenidos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. El art. 9.3 de esta Ley dispone que *La indemnización*

<sup>41</sup> En España, comparte esa conclusión ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La responsabilidad por daño moral”, *ADC*, 1966, p. 94. Y, de modo menos rotundo, pero igualmente significativo, DE ÁNGEL, que califica la circunstancia que nos ocupa como uno de los factores que “*contribuyen a distorsionar la pureza de la función que en ella (en la responsabilidad civil) hemos visto siempre*” [DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Edit. Civitas, Madrid, 1995, p. 232]; así como Díez-Picazo, para quien, en virtud del criterio que tiene en cuenta la gravedad de la culpa del responsable, se introducen “*larvadamente*” “*criterios punitivos en unas normas jurídicas cuya única función rectora es la indemnizatoria*” (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Edit. Civitas, Madrid, 1999, p. 237).

Al mismo resultado llega la autora chilena DOMÍNGUEZ HIDALGO después de un amplio análisis de Derecho comparado en materia de daño moral (DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 91 y 121).

<sup>42</sup> Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo, de cuyas sentencias al respecto suele destacarse la de la Sala 1ª de 7 de febrero de 1962 (RJ 672), en la que el Alto Tribunal afirma que “*aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (pretium doloris), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamentos, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables*”.

<sup>43</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Vol. Segundo, Edit. Dykinson, Madrid, 1999, p. 484.

se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. Es cierto que la novedad sólo es apreciable en lo que se refiere a este último criterio del beneficio obtenido por el causante de la lesión —criterio éste que ha generado una importante polémica, si bien no es éste el lugar para exponerla—, siendo los demás criterios recogidos por el precepto de usual aplicación en la práctica de los Tribunales. Sin embargo, su concreción legal tiene una virtualidad práctica: facilitar la revisión casacional del quantum indemnizatorio en aquellos casos en que los criterios legales no hayan sido correctamente aplicados, pues es doctrina jurisprudencial reiterada que, si bien la cuantificación de la suma debida en concepto de daños y perjuicios no es revisable en casación, no ocurre lo mismo con las bases empleadas para llegar a su fijación.

La misma eficacia práctica se ha conseguido con el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), que también incluyó criterios legales para la valoración del daño moral derivado de ataques a la propiedad intelectual. Esos criterios, que aparecen recogidos en su art. 140, son: las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra.

#### 4. Concurrencia de culpas

Con esta expresión, así como con la locución “compensación de culpas”, menos correcta desde el punto de vista técnico, pero frecuentemente utilizada para referirse a la misma materia<sup>44</sup>, se alude a un fenómeno que debe tenerse en cuenta a la hora de proceder a la valoración de los daños y perjuicios. Se trata del fenómeno consistente en la concurrencia o concurso de conductas culposas en la causación del daño, conductas culposas que resultan imputables a distintos sujetos, concretamente, al autor principal de la conducta dañosa y a la propia víctima o perjudicado.

Las consecuencias de esta concurrencia culposa, que, a diferencia de lo que ocurre en otros países —como Alemania, Italia, Suiza o Portugal— no se prevé de forma expresa en nuestro Código Civil, han sido delimitadas por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con base en la equidad y en la facultad moderadora que el art. 1103 del Cc atribuye a los tribunales a la hora de apreciar la responsabilidad derivada de negligencia<sup>45</sup> y se concretan en la toma en consideración

<sup>44</sup> Acerca de las cuestiones terminológicas, *vid.*, MORENO FLOREZ, R. M., “¿Concurrencia de culpas o concurrencia de causas?”, *Actualidad Civil*, 1986-II, pp. 2295 y 2296 y VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, *Op. cit.*, pp. 303 y 304.

<sup>45</sup> Ejemplos del empleo del art. 1103 del Cc como justificación a la moderación del quantum indemnizatorio en los casos de concurrencia de conductas culposas los encontramos en MORENO FLOREZ, R. M., *Op. et loc. cit.*, pp. 2303 y 2305 y en VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, *Op. cit.*, p. 302.

Sin embargo, con la promulgación del CP vigente, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, parece más correcto justificar dicha facultad con base en el art. 114 de este texto legal, conforme al cual: “Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido,

de la culpa o negligencia del dañado para reducir proporcionalmente la cuantía de la indemnización que ha de abonarle el responsable. Esto significa que los tribunales ponderan la incidencia de la culpa respectiva reduciéndola, normalmente, a términos porcentuales<sup>46</sup>. Hecho esto, aplican el porcentaje de culpa correspondiente al responsable sobre el importe total del daño causado. La cuantía resultante es la que el responsable tiene que abonar al perjudicado en concepto de indemnización, mientras que el porcentaje de perjuicio restante debe soportarlo el propio dañado por tener su causa en su propia conducta culposa.

Son muchas las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina de la concurrencia de culpas para disminuir la entidad de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado. Como ejemplo se puede mencionar la STS de 14 de noviembre de 2000<sup>47</sup>. En ella se hace referencia a un supuesto consistente en el fallecimiento de un trabajador durante el desempeño de su trabajo. En concreto, el hecho se desarrolló del modo siguiente: la víctima, en su condición de Jefe de Muelle, dio instrucciones a un operario, conductor de una máquina elevadora, para que procediera a retirar unos contenedores. Sin embargo, durante el desarrollo de la operación, se interpuso entre el *container* a trasladar y la máquina elevadora cuando se encontraba de espaldas a ella, resultando arrollado por la misma. Frente a la reclamación de la indemnización por parte de la viuda del fallecido, el Tribunal Supremo apreció una concurrencia o conjunción de concausas, provenientes de sujetos diversos. En concreto, apreció la conducta culposa de la víctima al no adoptar las precauciones necesarias y también la del operario, porque siendo conocido por el conductor de la elevadora que cuando el brazo de ésta está bajo carece absolutamente de visibilidad, ha de extremar el cuidado en sus desplazamientos, especialmente cuando su visibilidad se halla más disminuida. Todo lo anterior lleva al Tribunal Supremo a concretar en el 50% la contribución causal a los daños de cada una de las conductas culposas, por lo que a ese porcentaje del perjuicio causado debe ceñirse la indemnización debida a la viuda del trabajador fallecido.

Éste es el modo en que el Tribunal Supremo viene aplicando la concurrencia de culpas, con el objetivo de adaptar nuevamente la valoración del daño al principio del resarcimiento integral porque, como muchas veces han señalado los Tribunales, este principio no significa que al perjudicado se le deba reparar todo el daño sufrido, sino que debe reparársele exclusivamente todo aquél que resulta imputable a la conducta de un tercero.

---

*los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización*". De hecho, esta norma, que sí regula expresamente la concurrencia de culpas, es la invocada por DÍEZ-PICAZO como fundamento de la moderación cuantitativa operada por los tribunales en las hipótesis expuestas (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *Op. cit.*, p. 367).

<sup>46</sup> Si bien no están obligados a ello, sino que pueden reducir la indemnización a su prudente arbitrio y sin indicación de porcentajes, como así declaró una STS de 12 de julio de 1999 (RJ 1999/4772).

<sup>47</sup> RJ 2000/8980.









