

# La responsabilidad civil de los profesionales (una selección de aspectos problemáticos)

*Mariano Yzquierdo Tolsada*

Catedrático de Derecho civil (excedente)

Profesor Titular de Derecho civil (Universidad Complutense)  
y Ordinario de Responsabilidad Civil (Universidad Pontificia Comillas)

## I. Propósito

Resulta imposible abordar en una simple Ponencia, no ya las peculiaridades que ofrece el régimen de la responsabilidad civil de cada uno de los distintos profesionales, sino incluso el propio régimen general, si es que alguna nota hay general por ser común a la manera que tienen de responder por los daños que causen profesionales tan diversos como los médicos, los abogados, los periodistas, los arquitectos o los jueces. Por esta razón he preferido entrar en algunos aspectos seleccionados del régimen de algunas de esas que comúnmente seguimos denominando (tal vez como obsequio a la tradición más que por precisión terminológica <sup>1</sup>) profesiones liberales. Se trata de aspectos que escojo, olvidándome de otros, por ser los que, a mi juicio, plantean mayores problemas en la práctica diaria.

## II. EL DEBATE RESPONSABILIDAD POR CULPA/RESPONSABILIDAD OBJETIVA, TRASLADADO AL ÁMBITO MÉDICO-SANITARIO

### 1. La prueba de la culpa médica y sus suavizaciones

Sea culpa contractual o culpa extracontractual la que protagonice el supuesto de hecho concreto, resulta obligado comprobar que la apreciación de la culpa o negligencia suele jugar en la práctica jurisprudencial con unas especificidades muy notables cuando de negligencia médica se trata. No es que ésta no participe de las fórmulas generales que apuntan hacia la objetivación, que suavizan las exigencias probatorias en materia de culpa o que evalúan con progresivo rigor la diligencia de cada agente, pero sí se puede decir que los tribunales son aquí mucho más cautelosos, cosa de la que probablemente haya que felicitarse.

Una afirmación más o menos constante es la que, **a modo de regla general**, encontramos en numerosas sentencias: si, salvadas las excepciones, lo normal es que las actividades médicas se enmarquen en el cauce de las obligaciones de actividad o de medios, el Tribunal Supremo concluye de manera habitual diciendo que no basta, para que aflore la responsabilidad, que el resultado apetecido por ambas partes de la relación (el éxito, la curación), no se haya obtenido. La falta de éxito no determina por sí sola la responsabilidad, y el demandante deberá demostrar, por lo tanto, que existió culpa o negligencia en el facultativo <sup>2</sup>.

Con todo, la propia jurisprudencia se está ocupando de suavizar un esquema probatorio que, como el apuntado, pone las cosas muy difíciles a todo paciente damnificado que pretenda demandar una responsabilidad por daños. Ello se consigue a través de diferentes expedientes, todos muy visibles por explícitos <sup>3</sup>:

Uno de ellos consiste en una argumentación que quiere hacer ver la “*mejor posición probatoria*” en que se encuentra un facultativo frente a sus pacientes. Dice, por ejemplo, la sentencia de 2 de diciembre de 1996 (EDE 8619) explica: “cuando se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandados, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer sobre el actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, desplazándola sobre la parte que se halle en mejor posición probatoria, aunque sea la demandada, por su libertad de acceso a los medios de prueba”. Igualmente, menciona de forma expresa la obligación del médico de contribuir activamente a probar que no existió en su actuar negligencia ni imprevisión la sentencia de 28 de julio de 1997 (EDE 6154), para un caso de intervención para extirpar un carcinoma de útero: el demandante no tiene por qué verse obligado a probar qué hechos serían los que exonerarían al médico, como el caso fortuito, para razonar que en el supuesto concreto no concurren los mismos: tendrá que ser el demandado

el que aporte la prueba exoneradora, como corresponde a su mejor posición en el conocimiento de la esfera técnica del caso.

El segundo elemento destacable, combinado con el anterior, tiene como resultado un panorama bien distinto al que presentaba la que antes describí como regla general: me refiero a los expedientes de “*culpa virtual*”. Un instrumento quirúrgico de cuarenta centímetros de largo y un kilo de peso abandonado en el abdomen del paciente en el curso de la operación quirúrgica (Niza, 1979), deja patente, *prima facie*, una negligencia médica. Como dice la citada sentencia de 2 de diciembre de 1996, “aun cuando sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, comparativamente, es desproporcionado con lo usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revelando la penuria negligente de medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”.

No constituye en este punto la jurisprudencia sobre la prueba de la culpa médica una excepción a las tendencias generales. La diferencia está en que, si en las sentencias sobre temas *no médicos*, la inversión de la carga de la prueba es la regla, en la jurisprudencia médica es la excepción, o al menos se exige para ello el condicionante previo del “*resultado desproporcionado*”. Pueden verse en este sentido las sentencias de 9 y 12 de diciembre de 1998 (EDE 27962 y 27998, respect.).

Un tercer elemento que viene a sentar otra excepción e el esquema subjetivista o por culpa de la responsabilidad médica es el que consiste en distinguir el *acto médico* en sí, regido en lo que a la responsabilidad civil se refiere por los metros de medida de la responsabilidad por culpa de los preceptos del Código civil, y los *servicios sanitarios*, que, a tenor de las declaraciones jurisprudenciales, no precisan la culpa de nadie para determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria (INSALUD y Administraciones autonómicas, señaladamente). Pueden verse las sentencias de 1 de julio de 1997 (EDE 4832) y 9 de junio de 1998 (EDE 7054).

## 2. Culpa profesional y error profesional

En materia de negligencia médica (y profesional, en general) hay que distinguir bien la **culpa profesional** y el **error profesional**. A mi entender, para que un error genere responsabilidad civil debe encontrar en su composición el elemento culpa. Por error profesional debe entenderse, con CATTANEO <sup>4</sup>, el comportamiento objetivamente distinto del que exigía la situación en concreto, pero no necesariamente culposo. No es que haya error profesional, ni mucho menos, cada vez que no se obtenga el resultado último, ya que puede ser que el fracaso se verifique aunque se haya hecho lo humanamente posible, o que sea posible a posteriori reconocer la corrección de la conducta seguida. El error se da cuando la conducta no resulta objetivamente idónea para el caso concreto, incluso aunque el profesional haya actuado diligentemente, utilizando los conocimientos normales del buen profesional de su categoría y según lo que ese buen profesional hubiera hecho en las mismas circunstancias. Si, después de conocido el fracaso, se descubre que la conducta tenía que haber sido diferente, nada podrá reprocharse al profesional. El comportamiento fue técnicamente equivocado, pero, aun siendo la causa de la no consecución del resultado que interesaba al cliente, sólo si es culposo será generador de responsabilidad. No todo error profesional es causa de responsabilidad, sino sólo aquél que es efecto de imprudencia o patente ignorancia.

## 3. Dos lenguajes bien distintos, pero que se confunden con frecuencia

Lo que resulta de todo punto inadmisibles es que cuando algunos quieren fundamentar en algún expediente técnico su deseo de convertir a los médicos en una pieza más del sistema de responsabilidad objetiva, como si los médicos fueran igual que los empresarios de energía eléctrica o los promotores de viviendas, se digan verdaderas barbaridades. Es muy habitual mezclar las cuestiones de responsabilidad por daños con las de subsistencia o extinción de la obligación. Cuando el art. 1182 C.civ. dice que “[Q]uedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”, o cuando el art. 1183 dispone que “[S]iempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario”, para nada están regulando extremos que tengan que ver con la responsabilidad civil. Los preceptos regulan solamente si la obligación subsiste o si se ha extinguido, pero no si el deudor debe o no reparar los daños causados: eso tiene su propia regulación: los arts. 1101 y ss. Y todo ello tiene importantes consecuencias, como por ejemplo:

1º La acción de cumplimiento específico se basa en el hecho objetivo del incumplimiento: la obligación subsiste, y subsiste insatisfecha, pues la imposibilidad de prestar se ha debido a hecho imputable al deudor (o éste se encontraba en mora). Así de simple habrá de ser la tipología de todo litigio en el que se discuta la extinción de la obligación o su perpetuación (arts. 1182 y 1184 C.civ.). Pero el acreedor no necesita demostrar daño alguno, pues, tratándose de una pretensión de cumplimiento, basta con que éste sea todavía posible. Y si ya no lo es, pretender la “*aestimatio rei*” tampoco precisará alegar que existe un daño conectado con el incumplimiento, y subjetivamente imputable al deudor: como la obligación no se ha extinguido, “se debe” el equivalente. Remedio, pues, automático, que opera cada vez que no sea posible la ejecución específica de una obligación que sigue viva <sup>5</sup>.

2º. En cambio, la indemnización de daños y perjuicios (que es cosa compatible con la acción de cumplimiento)

requiere la prueba del daño sufrido, y no es remedio automático, sino más bien eventual <sup>6</sup>. Si yo sigo dispuesto a que el promotor moroso me entregue el chalet diez meses más tarde de lo previsto, sólo si alego y pruebo los daños moratorios (hotel y guardamuebles, por ejemplo) y el resto de los elementos de la responsabilidad, obtendré una indemnización. El solo fundamento del crédito contractual constituye suficiente prueba para pedir el cumplimiento o su equivalente, pero no la indemnización <sup>7</sup>.

3º. Eso sí, cuando el acreedor mantiene viva su acción de cumplimiento, este hecho por sí sólo no determina la responsabilidad por daños moratorios. Así, si al deudor no le es posible la entrega del *genus* por causa ajenas a él, sigue obligado a la entrega, pero el caso fortuito le exonerará de indemnizar los daños moratorios <sup>8</sup>.

4º. Que no deba responder el deudor cuando el daño sufrido por el acreedor se ha debido a una causa no imputable no tiene por qué implicar la extinción de la obligación: el art. 1101 no prejuzga si la obligación subsiste o se extingue (ése es tema de “*perpetuatio obligationis*”, no de estricta responsabilidad). El pintor no responde si el hijo del acreedor empuja la escalera sobre la que aquél se sostenía, viniendo a caer sobre el tapiz un bote de pintura, ni responde el conductor del autobús si el viajero se lesiona debido a las maniobras que tuvo que efectuar para evitar el atropello del suicida. Y sin embargo, el pintor sigue obligado a pintar y el viajero sigue teniendo derecho a que le conduzcan al punto de destino <sup>9</sup>.

Por todo ello no se entiende muy bien que, a la hora de decidir si se ha probado o no un adecuado criterio de atribución de responsabilidad en un caso de responsabilidad médica, se recurra a estos preceptos, para, por ejemplo, entender que en el ámbito médico debe jugar una presunción de culpa. Eso es justo lo que hace la sentencia de 28 de junio de 1999. Se trataba de un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis. Después de dar por sentado que el celebrado era un contrato de obra, generador de obligación de resultado, y que el médico no había probado el caso fortuito (art. 1105), la sentencia apela a la “presunción de culpa contractual, que deriva como principio general, del artículo 1183 del Código civil”.

Falso. Tal presunción de culpa, de existir en ese artículo, existe para decidir que la obligación sigue viva, que no se ha extinguido: el médico sigue obligado a prestar el tratamiento, y, de no ser ya posible, a entregar su equivalente pecuniario (en el caso, el precio). La indemnización de daños y perjuicios se gobierna por los arts. 1101 y ss., y necesitará la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad contractual: probado el daño por el paciente, y no probada por el médico la concurrencia del caso fortuito, el facultativo habrá de pagar la indemnización que corresponda (encarecimiento de las materias primas y de los servicios de otro facultativo –no así la cantidad concurrente entre ambos tratamientos, pues el precio ya ha sido devuelto–, daños morales y corporales, etc.). Si precisamente el art. 1183 termina diciendo “y *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096*” es porque en éste se diferencian perfectamente las pretensiones de cumplimiento de la obligación y las pretensiones de reparación de daños.

Sentencias como la anterior pueden invitar a pensar que el mero incumplimiento de una obligación genera responsabilidad civil, y no hay nada más lejos de la realidad. En la responsabilidad contractual, la acción u omisión consiste en el incumplimiento de un contrato, en la medida en que tal circunstancia ha dañado los intereses del acreedor. Cierto que en una acepción muy amplia del término, la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de sus obligaciones implica hablar de los efectos, cualesquiera sean éstos, que tal incumplimiento puede producir en su patrimonio. En términos de HERNANDEZ GIL, cabe así entender la responsabilidad patrimonial como «conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor» <sup>10</sup>.

Pero desde ese concepto amplio deben practicarse sucesivas acotaciones. Cuando existe un incumplimiento contractual, puede suceder en primer lugar que todavía no nos encontremos ante un caso de imposibilidad definitiva. El acreedor tratará de conseguir en primer término el cumplimiento *in natura*, y ello dará lugar a la llamada **ejecución forzosa**, a través de la cual se hace efectivo el poder coactivo del acreedor (arts. 1096, 1098 y 1099 C.civ.). Si la prestación ya no es objetivamente posible (o, siéndolo, ya no le sirve al acreedor, vgr., la boda ha tenido ya lugar, y el vestido de novia lo termina el sastre dos semanas más tarde), ya no es viable el cumplimiento *in natura*, y el acreedor podrá pedir, de manera subsidiaria, el **equivalente pecuniario o “*aestimatio rei*”** (y siempre que no haya concurrido una circunstancia que determine la extinción de la obligación). No se trata de una nueva obligación, sino de una transformación del objeto de la primitivamente asumida. No es que ésta se extinga y nazca otra nueva, sino que la primera se perpetúa, como lo demuestra con claridad meridiana el art. 1182 C.civ., que sólo proclama la extinción de la obligación cuando la prestación se hace imposible por causas no imputables al deudor (“*perpetuatio obligationis*”).

Pero, tanto en el caso del cumplimiento forzoso como en el de cumplimiento equivalente, habrá que reponer en la esfera jurídica del acreedor lo que media entre su situación real y la situación en la que se encontraría en caso de que el cumplimiento exacto hubiese tenido lugar. Y como, además de perder la prestación a que tenía derecho, el acreedor puede haber sufrido por razón del incumplimiento otros daños, el sistema le proporciona otro remedio: el **resarcimiento de daños y perjuicios**. Precisamente por eso dice el art. 1096 C.civ. que en las obligaciones de dar, el deudor puede ser compelido a que realice la entrega *independientemente* del derecho a ser indemnizado que le otorga el art. 1101.

Desde este punto de vista, la «*aestimatio rei*» y la indemnización o “*id quod interest*” son conceptos que se deben separarse inicialmente con absoluta nitidez <sup>11</sup>. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento: el deudor debe cumplir “*in natura*”, pero si no lo hace,

deberá cumplir prestando el equivalente, y por eso son incompatibles la ejecución forzosa de la obligación originaria y la prestación del equivalente. O se cumple con lo que era debido, o se paga la “*aestimatio*”, pero ni una cosa ni otra son reparación de daño alguno, sino cabal cumplimiento o cumplimiento por equivalencia, respectivamente. No son medios de tutela del crédito que tengan que ver, en sentido técnico, con la responsabilidad contractual. Pero, eso sí, siendo incompatibles ambas formas de cumplir, cada una es individualmente compatible con la pretensión resarcitoria: cuando el acreedor, además de la prestación o su valor, quiere verse reintegrado de todos los efectos dañosos que el cumplimiento tardío (en el primer caso) o el incumplimiento definitivo de la primitiva obligación y su sustitución por la “*aestimatio rei*” (en el segundo) le hayan podido reportar, tratará de conseguir una indemnización. Y ésta sí es una nueva obligación, por mucho que conserve determinados puntos en común con la anterior. De la misma manera, si el acreedor opta por resolver el contrato por incumplimiento, el que ello sea radicalmente incompatible con la pretensión de cumplimiento, no le priva de su derecho a exigir la reparación de los daños que ha sufrido (art. 1124, pº 2º C.civ., y lo mismo, para las obligaciones mercantiles, en el art. 329 C.com.).

Es lógica la frecuencia con que la jurisprudencia afirma que la obligación de reparar no nace por el simple incumplimiento de la obligación primitivamente asumida: se necesita además una lesión para los intereses de ese acreedor en beneficio del cual se encontraba configurada la relación obligatoria: el solo incumplimiento no genera obligación de resarcir daños<sup>12</sup>. La obligación de reparar no da así solución al problema que para él supone el incumplimiento de la prestación, sino al problema originado cuando por ese incumplimiento se ha generado un daño en su patrimonio. Como señala CAPILLA RONCERO, la obligación de reparar no se limita a sustituir la obligación de cumplir específicamente<sup>13</sup> (de lo contrario, todo deudor podría escoger entre cumplir o indemnizar). A lo que obliga el art. 1101 C. civ. no es a indemnizar un abstracto incumplimiento del deudor, sino unos daños y perjuicios causados por quienes en el incumplimiento de sus obligaciones incurren en alguna de las formas de contravención previstas en el precepto. Si en alguna ocasión da la impresión de que el Tribunal Supremo ha sostenido la existencia de un daño por el solo incumplimiento, lo cierto es que del análisis del caso concreto se puede deducir la realidad efectiva del daño<sup>14</sup>. Eso es justo lo que parece suceder en la sentencia citada de 28 de junio de 1999, pues evidentemente, el fallo en el tratamiento dental provocó daños. Pero convendría mayor precisión contractual, no sea que haya quien piense que, probado el incumplimiento, nada más hace falta para que a uno le den la indemnización que pretende.

### III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ARQUITECTOS

#### 1. En el Código civil

Presentada como una excepción al régimen de responsabilidad extracontractual del propietario de un edificio por falta de reparaciones, prevista en el art. 1907 C.civ., el art. 1909 establece la responsabilidad extracontractual de arquitectos y constructores: «*Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir del Arquitecto, o, en su caso, del constructor, dentro del tiempo legal*». En virtud del mismo, la responsabilidad pasa a ser del Arquitecto o/y constructor cuando la ruina no se debe a la falta de reparaciones, sino exclusivamente a defectos en la construcción del edificio (también de las cosas enumeradas en el art. 1908). Pero el régimen de responsabilidad plantea dudas curiosas, ya desde el mismo momento en que tratamos de ver los límites de su propio ámbito de aplicación:

1. ¿Qué significa “**tiempo legal**”? Resulta absolutamente desafortunada la sentencia de 15 de marzo de 1993 (R.A.J. 2284), según la cual la utilización del verbo “*podrá*” significa que el perjudicado tiene la facultad de dirigir su acción también contra el técnico correspondiente, pero pudiéndolo hacer solamente contra el propietario. Ni mucho menos: lo que el precepto establece es que la acción, en caso de que la ruina no provenga de falta de las reparaciones necesarias por parte del dueño, sino de defectos de construcción, sólo podrá ejercitarse (el artículo dice incorrectamente “*repetir*”) contra los intervinientes en la construcción “*dentro del tiempo legal*”, lo que es cosa bien distinta<sup>15</sup>, como señala la sentencia de 7 de octubre de 1991 (R.A.J. 6891): “*si el daño ocasionado derivase de vicios constructivos (...) en cuyo caso y dentro del período de diez años, la responsabilidad se desplazaría al Arquitecto director de la obra, o, en su caso, al constructor*”.

Desde luego, una primera lectura del precepto deja frío a cualquier lector poco avisado, pues decir que una acción sólo se puede ejercitar dentro del tiempo que la ley marca para hacerlo no es ninguna novedad, pues a prácticamente todas las acciones les sucede lo mismo<sup>16</sup>. Pero es que esa referencia al tiempo legal no lo es al plazo de prescripción establecido para el ejercicio de la acción, sino al tiempo dentro del cual debe manifestarse la ruina para que a partir de entonces pueda dirigirse la acción contra los autores de los vicios constructivos. El art. 1909 plantea de este modo una remisión no expresa al art. 1591, que reza: “*El contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el Arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años*”.

Es decir, una vez concluida la construcción y entregada la edificación, comienza a contar un plazo de garantía de diez años (de ahí la denominación habitual de “responsabilidad *decenal*”); si dentro de ese tiempo sobreviniere una

ruina debida a vicios *de la construcción* (vgr., mala calidad de los materiales empleados<sup>17</sup>, incorrecta proporción de cemento y arena, mano de obra chapucera), la víctima dirigirá su acción contra el constructor, y si se trata de una ruina provocada por vicios *del suelo* (así, la edificación sobre suelo de estructura geológica movediza) o *de la dirección* (como son los defectos en el cálculo de la resistencia de los materiales o en la profundidad de los cimientos<sup>18</sup>, o el no comprobar que la obra se ejecuta conforme a lo proyectado<sup>19</sup>), lo hará contra el Arquitecto<sup>20</sup>. El plazo de garantía se amplía a quince años si la causa de la ruina hubiera sido el incumplimiento por el contratista de las condiciones del contrato (cosa que, aunque lo diga el pº 2º, tiene poca justificación, pues también en el pº 1º existe incumplimiento contractual: acaso este alargamiento del plazo de garantía, que agrava la posición del constructor, se limita a operar cuando ha existido un incumplimiento de lo *expresamente* pactado en el pliego de condiciones<sup>21</sup>). Pero el art. 1591 no modifica los plazos generales para el ejercicio de las acciones. Hay períodos de garantía y plazos de prescripción<sup>22</sup>: producido el daño dentro de los primeros, la acción dura un año (art. 1968.2º C.civ.) si el perjudicado no se encontraba vinculado con los demandados por una relación obligatoria previa (por ejemplo, un peatón que deambulaba frente al edificio cuando éste se desplomó, ejemplo típico de los casos comprendidos en el art. 1909), mientras que gozará de quince años (art. 1964) si la víctima es precisamente quien contrató la obra (marco típico del art. 1591) o un subadquirente, o los herederos de uno u otro. Sobre el tema puede verse la sentencia de 29 de diciembre de 1999 (R.A.J. 9381).

**¿Y si la ruina aparece una vez han transcurrido los diez años de garantía** (o los quince, si es el caso del art. 1591, pº 2º)? Entiende ALBALADEJO que en ese caso la responsabilidad sólo puede corresponder al propietario, al faltar el requisito de este régimen excepcional<sup>23</sup>. Pienso que, por mucho que esta solución cuente a su favor con el propio tenor del art. 1909 (y del propio art. 1591, para la responsabilidad contractual), las cosas no pueden ser así (y también, por mucho que así lo quiera, como luego veremos, la Ley de Ordenación de la Edificación). Como dice CADARSO, “no puede admitirse que los constructores vengán solamente obligados a levantar edificios que se mantengan en pie durante sólo diez años, no respondiendo de la ruina producida después”<sup>24</sup>. Lo que sucederá es que, transcurrido el período de garantía, lo que no juega es el régimen probatorio presuntivo: habrá de ser el perjudicado quien cargue con la prueba de que, aunque la ruina se ha manifestado después, tuvo lugar con anterioridad (probablemente no sea ya aplicable el art. 1909, sino el 1902 o el 1903). Cuando yo estudiaba la carrera recuerdo que una conocida inmobiliaria fue condenada por daños manifestados veinte años después de su construcción en un edificio cercano a mi domicilio, pero que se debía a fallos de cimentación que nunca podían haber aflorado antes. De entender que, a partir del décimo año, nunca podrá ser condenado un constructor, se daría la irritante paradoja de que “*el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones (...), se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*” (art. 1969 C.civ.), pero el afectado sólo era titular de algo parecido a una *actio no nata*, que ya estaba prescribiendo sin saberlo él. Si se me contesta que siempre queda la posibilidad de reclamar contra el propietario, yo repregunto: ¿y si el perjudicado es el propio dueño?<sup>25</sup>

2. Sobre el **fundamento de la responsabilidad**, suele decirse que la de los intervinientes en la construcción se basa en la culpa, en el bien entendido de que se trata de una culpa presunta<sup>26</sup>, o que al menos es por razón de la culpa la responsabilidad establecida en el art. 1909 y objetiva la responsabilidad contractual del 1591<sup>27</sup>. Yo pienso que no es así: si la responsabilidad del propietario del edificio (art. 1907), según creo, sí es subjetiva (de tal modo que no le es estrictamente necesario para exonerarse probar que la causa de la ruina no ha sido la falta de reparaciones necesarias, sino que le basta con demostrar que, siendo ésa la causa, le es imputable a los técnicos), la del art. 1909 (y los mismo la del 1591) tiene carácter objetivo. No ya es que haya que demostrar que la ruina se debió a defecto de construcción para que entonces quede presumida la culpa, sobre la base de que la construcción defectuosa es, por naturaleza, un acto negligente<sup>28</sup>. Cosa que es verdad, pero no toda la verdad, porque si sólo fuera esto, los intervinientes en la construcción siempre podrían eximirse de responsabilidad demostrando que esos defectos de construcción (que nadie discute) no se debieron a su culpa, pues ellos pusieron en juego toda la diligencia y pericia debida.

Creo que estos sujetos no tienen otra forma de exoneración que la consistente en la ruptura del nexo de causalidad (caso fortuito, intervención de terceros, etc.), de modo que sólo demostrando que la causa de la ruina no fueron los defectos constructivos podrán quedar exentos de responsabilidad. Pero hay más: lo que se da durante el tiempo de garantía del edificio (diez y quince años, según los casos) es una *presunción de causalidad*. Una fachada que se derrumba durante los diez primeros años de vida de una edificación es algo que, salvo prueba en contrario, se debe entender provocado por la defectuosa construcción<sup>29</sup>, y de hecho, se conocen resoluciones en las que existió condena a pesar de no haber causa probada durante el pleito<sup>30</sup>. El reclamante (comitente y legitimados contractualmente *ex art. 1591* o perjudicado extracontractual del art. 1909) completará su carga probatoria probando que su daño se ha debido a dicho derrumbamiento. El demandado no podrá *escapar* demostrando su diligencia, pues no es que haya, *además*, presunción de culpa: lo relevante es que hay presunción de causa, y el que ésta vaya inescindiblemente unida o no al reproche no interesa, como corresponde a toda responsabilidad de signo objetivo.

Ciertamente, un precepto tan lamentablemente redactado como el art. 1909 invitaría a pensar que se requiere la concurrencia de dos condiciones: la primera, que se demuestren los defectos de construcción, y la segunda, que los defectos aparezcan dentro del tiempo legal. Pero considero preferible dar a la norma la interpretación propuesta: si la ruina sobreviene dentro del tiempo legal, se presume que se ha debido a los tales defectos, correspondiendo al constructor o/y Arquitecto demandado/s aportar la prueba contraria de la causa ajena (vgr., la degradación de los

cimientos se ha debido a una avería en el sistema de saneamiento de la zona, que encharcó el subsuelo y restó resistencia al terreno). Y lo mismo sucede con el art. 1591, en el que no se discute que hay un marco típico de responsabilidad objetiva o por el resultado.

3. Unas precisiones conceptuales han de servir para perfilar el régimen de responsabilidad de Arquitectos y constructores. Por una parte, el **concepto de ruina** del que se parte en este contexto, ha sido precisado jurisprudencialmente, llegándose a acuñar un concepto de “ruina funcional” que comprende no sólo los defectos que hagan temer la pérdida del edificio o lo hagan inútil para ser habitado (sentencia de 29 de mayo de 1997, R.A.J. 4117), sino cualesquiera defectos graves que exceden de las imperfecciones corrientes, que contribuyen, en fin, a la adecuada habitabilidad y responden a lo previsto en el contrato de obra (sentencias de 30 de enero de 1997, R.A.J. 845 y 6 de marzo de 1999, EDE 1632). No deja de llamar la atención entonces que se sometan al mismo régimen de garantía decenal los vicios que hacen temer una inminente pérdida del edificio y otras situaciones más veniales, como la defectuosa impermeabilización de una cubierta (sentencia de 22 de mayo de 1995, R.A.J. 4090), la defectuosa adherencia de un alicatado (sentencia de 20 de noviembre de 1998, R.A.J. 8413) o el mal funcionamiento del sistema de calefacción y agua caliente sanitaria (sentencia de 19 de noviembre de 1996, R.A.J. 8276).

4. En orden a la **legitimación pasiva**, han de entenderse incluidas en el artículo 1591 otras personas ignoradas por el precepto por ser desconocidas en el momento de la codificación, pero que actualmente realizan funciones en el proceso constructivo que las hacen merecedoras de ser asimiladas a constructores y Arquitectos. Es el caso del aparejador o *Arquitecto técnico*, encargado de la redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación y conservación que no precisen de proyecto arquitectónico, la intervención parcial en edificios construidos que no alteren su configuración arquitectónica, la demolición y la organización seguridad, control y economía de obras de edificación de cualquier naturaleza (arts. 2.1 a y 2.2, pº 2º de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos) <sup>31</sup>.

Distinto es el caso del *promotor*, pues la asimilación sólo puede tener lugar en el ámbito de la responsabilidad contractual, terreno en el que resulta lógico dar al contratante perjudicado la oportunidad de dirigirse contra aquel de quien se adquirió el piso o local, sin que éste pueda frustrar la reclamación aduciendo el plazo de seis meses del art. 1490 (vicios ocultos en la compraventa). Él fue la persona en cuyo beneficio se hizo la obra, la que se presentó ante los futuros adquirentes como un profesional del mercado inmobiliario, la que creó en ellos la confianza razonable de que les iban a vender una casa habitable o la de que, si no era así, ya sabían hacia quien podrían dirigirse las eventuales reclamaciones incluso en los casos, lamentablemente frecuentes, de insolvencia, quiebra o desaparición de la empresa constructora. Pero, en cambio, en el ámbito extracontractual no es viable semejante asimilación del promotor, dado que el legislador sólo incluye en el ámbito del art. 1909 a quienes intervienen de manera directa en la construcción <sup>32</sup>.

5. Por último, en lo tocante a la **legitimación activa**, y al margen de la extracontractual que los terceros tienen *ex art.* 1909, está admitido que al amparo del art. 1591, disponen de legitimación contractual no sólo el comitente de obra, sino los sucesivos adquirentes del edificio, que vienen a subrogarse en los derechos y acciones del comitente <sup>33</sup>.

## 2. En la Ley de Ordenación de la Edificación

La **Ley sobre Ordenación de la Edificación** (en adelante, L.O.E.) ha incidido decisivamente en el régimen de responsabilidad civil. Veamos, en síntesis, hasta qué punto es importante la novedad legislativa:

1. Si en el régimen del art. 1591 se incardinaba la responsabilidad por los **daños y perjuicios causados por la ruina del edificio**, el art. 17 L.O.E. regula solamente los **daños materiales causados en el edificio**. Daños a otros intereses diferentes, que habían merecido tutela resarcitoria con arreglo al régimen común, tales como el daño moral de quien ve que su morada está sometida a las contingencias de la defectuosa construcción (sentencia de 22 de noviembre de 1997, R.A.J. 8097), o el lucro cesante por la interrupción del negocio que se desarrollaba en el local arruinado (sentencia de 18 de junio de 1998, R.A.J. 5064), o los daños a los muebles existentes en la vivienda (sentencia de 28 de septiembre de 1987, R.A.J. 6451), o los gastos de alojamiento y mudanzas (sentencia de 27 de enero de 1999, EDE 174), no encuentran su resarcimiento en la L.O.E., y habrá que continuar buscando su solución en los arts. 1591 y 1101 y ss. C.civ.

2. Es interesante que la L.O.E. se ocupe de delimitar las **funciones de los distintos agentes de la edificación** (arts. 8 a 16), si bien habría sido deseable una correspondencia mayor de tal delimitación con el régimen de **responsabilidad** del art. 17. Si el art. 1591 C.civ. solamente habla de constructores y Arquitectos, la nueva Ley se refiere a:

a) El *promotor*, persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título (art. 9). La ley establece lo que venía siendo habitual: imposición de la responsabilidad solidaria del promotor con los restantes participantes <sup>34</sup>, y no sólo cuando no fuera posible individualizar la causa de los vicios o defectos (supuesto previsto en el art. 17.3, inciso primero), sino en todo caso (así, ahora, en el art. 17.3, inciso segundo). El promotor sigue apareciendo así, pero ya con una norma que lo dice, como garante incondicional frente a los adquirentes <sup>35</sup>, sin necesidad de recurrir a la ficción de la culpa “*in eligendo*” (pues él ha contratado a profesionales titulados) ni al criterio del lucro propio para imponer una responsabilidad por los vicios de una obra que él no ha proyectado, construido ni dirigido. Y si el art. 17.4 deja claro que es irrelevante que el

promotor actúe en el mercado bajo la forma de promotor o lo haga como gestor de cooperativas o de comunidades u otras figuras análogas, tal vez ya no quepa excluir del régimen al mero promotor-mediador, como hizo la sentencia de 23 de septiembre de 1999 (EDE 28198).

b) El *proyectista*, que es quien por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística, redacta el proyecto (art. 10). A él corresponde responder si los daños derivan de insuficiencias, incorrecciones e inexactitudes del proyecto, ya sean propias, ya de los de profesionales a quienes se encarguen estudios, informes, etc. (art. 17.5). Claro, que la ley deja en la penumbra la responsabilidad derivada de deficiencias en proyectos parciales, que no es el mismo caso, y que habrá de admitir distintas soluciones en función de quien haya encargado la confección de los mismos: no puede dar igual el caso del promotor que ha encargado el proyecto en su integridad a una persona jurídica de la que son dependientes el proyectista principal y los proyectistas parciales, que el de los proyectistas parciales dependientes del proyectista principal, o el de los no dependientes de aquél, o el de los designados directamente por el promotor<sup>36</sup>. La L.O.E sólo dice que cada proyectista parcial asume la autoría de su proyecto, y que han de hacerse todos de forma coordinada (art. 10.1), pero eso no es propiamente una regla de atribución de responsabilidades.

c) El *constructor*, agente que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (art. 11). Responde directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan. Pero también cuando subcontrate con otras personas la ejecución de partes o instalaciones, así como de los causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que, en ambos casos, corresponda (art. 17.6)

d) El *director de obra* es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto (art. 12).

e) El *director de la ejecución de la obra* también forma parte de la dirección facultativa, y tiene a su cargo la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado (art. 13). Ambos directores (el de obra y el de la ejecución) responden de la exactitud y veracidad del certificado final de obra (art. 17.7, pº 1º), sin que quede claro el ámbito de responsabilidad de cada uno de los firmantes, y no estando tampoco muy claro por qué el director de obra que no haya sido autor del proyecto tiene que responder de las deficiencias debidas al proyectista, con independencia de que pueda luego repercutir de éste lo pagado (pº 2º).

f) Las *entidades y laboratorios de control de calidad* tienen una función de asistencia técnica en el control de calidad de proyectos y materiales, de la ejecución de la obra y de las instalaciones (art. 14). La L.O.E. guarda respetuoso silencio sobre la responsabilidad civil que les debe, sin duda, corresponder.

g) Los *suministradores de productos* son los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción (art. 15). Idéntica laguna legal en cuanto a la responsabilidad.

h) Llama la atención, por último, la inclusión de los *propietarios y usuarios* (art. 16), pues su protagonismo no es el propio de un agente de la edificación: si su obligación se limita al buen uso y conservación del edificio, el incumplimiento de la misma supondrá un caso de conducta del perjudicado, y no de una absurda responsabilidad frente a sí mismos.

3. Existe expresa referencia a la **responsabilidad plural**. La responsabilidad, cuando sea imputable a varios intervinientes y se consigue probar el grado de participación de cada uno, será mancomunada (“*personal e individualizada*”, dice al art. 17.2). Pero será solidaria cuando no sea posible la individualización de la causa de los daños, o cuando quede probada la concurrencia de imputaciones pero no el grado de intervención de cada agente (art. 17.3), con lo que adquiere carta de naturaleza una rechazable doctrina jurisprudencial de los últimos tiempos que, de tanto leerla, ya nos estábamos acostumbrando a darla por buena, a pesar de los problemas graves que genera en materia de tutela judicial efectiva.

También existe solidaridad en los casos de contratación de más de un técnico en la proyección de la obra (art. 17.5) o de más de un director de obra (art. 17.7), y creo que lo mismo debe decirse de la contratación conjunta de varios constructores.

Esta solidaridad merece un detenimiento muy especial. Es sabido con qué frecuencia se han creado por la jurisprudencia soluciones de solidaridad de responsables que no encuentran ningún apoyo legal en el Código civil. Notablemente, en la responsabilidad por ruina de edificios. Y es que sucede que cuando, de espaldas a la ley, se inventan nuevas categorías jurídicas (tal es el caso de la denominada “obligación in solidum” o solidaridad impropia<sup>37</sup>), las consecuencias del alumbramiento son inagotables. Las sentencias del Tribunal Supremo de los últimos tiempos no suelen decir, cada vez que existe una condena solidaria, si esa solidaridad es propia o impropia, dando lugar a una gran confusión en la que se aplicarán las consecuencias de la solidaridad de deudores o no se aplicarán según un evanescente sentido de equidad que hace que el resultado sea irreconocible.

De una manera especialmente llamativa ello está sucediendo en el terreno de la responsabilidad por ruina de edificios, y en no menor medida (aunque sí con menor frecuencia), en el de la responsabilidad por productos defectuosos. Utilizaré el primer contexto para demostrarlo. Según la sentencia de 8 de mayo de 1991 (R.A.J. 3585), las diferencias que existen entre la solidaridad pretendidamente emanada del art. 1591 C.civ. y la, por así llamarla, solidaridad común, se dan en la medida “en que una vez declarada no impide que los condenados, cualquiera que sea el grado de dificultad que comporte, puedan tratar de resolver en un nuevo litigio los problemas de la determinación, cuantificación o, incluso, la exención de responsabilidad, pues entre los codemandados ni hubo anteriormente litisconsorcio pasivo necesario, ni después de la sentencia hay cosa juzgada”. Ciertamente es que los litigantes en el proceso ulterior no aparecerán con la misma cualidad que en el anterior, pero no deja de ser chocante que se apunte la posibilidad de que en el segundo pleito los que fueron solidariamente condenados en el primero puedan incluso obtener la exención de una responsabilidad que ya se les atribuyó por sentencia firme<sup>38</sup>. Realmente, es completamente cierto que esta solidaridad es mera creación jurisprudencial. Pero menuda creación.

Vayamos por partes. Dedicarse al mundo de la construcción es arriesgado en nuestro país, no ya (o no sólo) porque la actividad implica de por sí riesgos, sino porque el Tribunal Supremo se ha ocupado de extender para cada participante su propia esfera de riesgo hasta abarcar la de los demás<sup>39</sup>. La doctrina jurisprudencial está tan consolidada que, de tanto leerla, hemos corrido el riesgo de creérmola, y se resume diciendo:

- a) que cuando la ruina del edificio se debe a causas no probadas durante el pleito, responden solidariamente todos los agentes de la edificación<sup>40</sup>;
- b) que también habrá responsabilidad solidaria, cuando, conocidas las causas, no sea posible establecer la cuota de participación de cada interviniente<sup>41</sup>;
- c) que el demandado no puede provocar la participación en la *litis* de los demás partícipes, pues no existe litisconsorcio pasivo necesario entre los mismos<sup>42</sup>;
- d) que la sentencia condenatoria no puede perjudicar al partícipe no demandado, no existiendo vulneración de la tutela judicial efectiva por no producir la condena efecto de cosa juzgada frente a los ausentes en el proceso<sup>43</sup>, pero el condenado tendrá después la posibilidad de ejercitar la vía de regreso contra los demás, en un segundo pleito en el que podrá dilucidarse, no sólo el grado de responsabilidad de los mismos, sino incluso la responsabilidad o exoneración del propio condenado en el pleito anterior<sup>44</sup>: la responsabilidad de los no demandados pertenece sólo al terreno de las relaciones internas entre los codeudores.

Ante todo ello, sólo cabe decir que la doctrina jurisprudencial está equivocada. Es cierto que si la demanda se dirige contra un solo participante en la construcción, habrá que condenar a éste si la ruina se debió a una causa que le era imputable según la ley. No existe litisconsorcio pasivo necesario, ni la sentencia puede afectar a quienes no han litigado. Pero el problema viene cuando no se puede concretar la causa de la ruina o cuando, pudiéndose, no hay determinación de la cuota de cada responsable. Decir que entonces procede la condena solidaria y decir al mismo tiempo que lo decidido no sujeta a quien no ha sido oído en el proceso y que la ejecución de la sentencia no podrá tener lugar sobre sus bienes (así, muy claramente, la sentencia de 5 de julio de 1997, R.A.J. 5507) tiene mucho de contradictorio. Y, aparte, pone al demandado en difícil tesitura, procedente de una más que dudosa presunción: cuando no es posible probar la causa de los vicios, se presume que tal causa proviene del demandado, o lo que es lo mismo, que tiene que ser el demandado quien pruebe que la ruina no se debió a causas imputables a él, sino imputables a los demás, o no imputables a ninguno. Y eso sí que transgrede la tutela judicial efectiva.

En un proceso, en fin, han de estar presentes todos los responsables, pues de lo contrario, y aparte de los serios obstáculos constitucionales, se da la extraña paradoja de que en la vía de regreso que ejercite el demandado condenado contra los demás participantes, vuelva a dilucidarse una responsabilidad que ya quedó atribuida en el anterior proceso. Todo ello no significa que haya que demandar a todos los participantes (con el riesgo de la condena en costas que ello podría suponer para el actor), sino que sólo se puede saber si los participantes son responsables o no lo son cuando se haya seguido contra ellos un procedimiento con todas las garantías. De antemano sólo se conoce quién forma parte del *consorcio de participantes* en el proceso de la edificación, pero no quién compone el *consorcio de responsables* solidarios. Y por eso precisamente se litiga, dando lugar, cuando ello proceda, a una solidaridad que nace de la propia sentencia, y no de una situación anterior. Cuando en la producción del daño han concurrido personas no demandadas, entonces será cuando exista litisconsorcio pasivo necesario, no estando bien integrada la relación jurídico-procesal sin su presencia como partes. Mientras ellos no suceda, la sentencia absolverá o condenará al demandado, pero a nadie más. Esto es lo que dice la sentencia de 3 de noviembre de 1999 (EDE 40345), y lo que hace que suponga un verdadero soplo de aire fresco frente a la línea jurisprudencial habitual. El Magistrado Ponente es el Excmo. Sr. Gullón Ballesteros.

Lo malo es que tal línea ya se ha convertido en norma legal, pues, si el art. 17.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone como regla la responsabilidad personal e individualizada, el art. 17.3 establece la excepción: “(...) cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente”. Eso sí, algo se ha ganado con la nueva Ley, pues su Disposición Adicional Séptima permite a quien es demandado provocar la intervención de cualquier otro interviniente en la edificación, solicitando que la demanda se le notifique. La sentencia que en su día se dicte será oponible y ejecutable frente al

emplazado, el cual, haya o no comparecido, habrá de ser tenido como parte. Lógicamente, los condenados no deberán poder discutir en la vía de regreso su condición de corresponsables, pero es de suponer que la doctrina jurisprudencial continúe, erróneamente, diciendo lo contrario también en este punto <sup>45</sup>.

4. La L.O.E. evita el término **ruina**, cuya inconcreción viene contrarrestada, como se ha dicho, por una elasticidad jurisprudencial pasmosa pero inevitable. En vez de juntar todos los desperfectos imaginables y dotarles de un plazo de garantía que resultaba, según los casos, excesivamente largo o excesivamente corto, el art. 17.1 establece diversas acciones de responsabilidad con **distintos plazos de garantía**, según el tipo de vicios, para cuya determinación parece que se han tenido en cuenta factores como la importancia de cada uno de cara a la pervivencia del edificio, el tiempo que cada vicio suele tardar en aparecer, etc. Se responderá entonces (art. 17.1):

a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del art. 3.

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

Hay que entender entonces que, para las edificaciones en que coincidan los ámbitos de aplicación de los arts. 1591, pº 1º C.civ. y 17 L.O.E., el plazo de garantía decenal de aquél ha sido sustituido por los tres plazos previstos por éste. Para la responsabilidad extracontractual, también la mención del art. 1909 al “tiempo legal” hay que entenderla en este sentido. Si, afortunadamente, desaparece en la L.O.E. cualquier mención a ese otro plazo de garantía *misterioso* del art. 1591, pº 2º, parece que el aplicable a edificios o a daños que se hallan fuera del ámbito de la L.O.E. sigue siendo de quince años cuando se trate de incumplimiento de las condiciones expresamente estipuladas en el contrato, lo que no puede ser más distorsionante.

Por lo demás, es previsible que continúen las dudas acerca de lo que sucede cuando los vicios se manifiesten una vez transcurridos los respectivos plazos. Lo mismo que dije para el régimen del art. 1591, el cumplimiento del plazo de garantía determina solamente que el perjudicado ya carece de los mecanismos presuntivos de la causalidad. Aunque el art. 19.1 obligue a la contratación de un seguro obligatorio de daños o de caución con cobertura durante los distintos períodos de garantía, eso no puede significar que la ley obliga al aseguramiento con esa cobertura temporal porque los daños manifestados después no son nunca resarcibles por los sujetos intervinientes. Sólo quiere decir que al menos los que aparezcan durante el período de garantía han de ser asegurados.

5. Pero también hay modificaciones respecto a la **prescripción de las acciones**. El art. 18 establece un plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños (naturalmente, la responsabilidad extracontractual, no abordada en la L.O.E., continúa con la prescripción anual). Entiendo que lo que el precepto quiere decir es que el inicio del cómputo se sitúa en el momento de la manifestación del daño, pues, desde luego, la producción del mismo tuvo lugar en momentos (redacción del proyecto, ejecución de la obra, etc) en que el perjudicado no sólo no podía conocerlo, sino que a lo mejor ni siquiera sabía que iba a terminar convirtiéndose en adquirente de lo construido. La acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial.

6. En cuanto al **fundamento de la responsabilidad**, hay que hacer notar que la única causa de exoneración incluida en la ley, independientemente de que no se puedan probar los hechos constitutivos de la responsabilidad, es la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño (art. 17.8). Con ello se despejan las dudas acerca del carácter, ahora inequívocamente objetivo, de la responsabilidad <sup>46</sup>. Ni vale para exonerarse la mera ausencia de culpa ni tampoco que se hayan cumplido todas y cada una de las normas sobre control de calidad de la edificación <sup>47</sup>.

Como conclusión, no parece que exista una razón clara para considerar derogado el artículo 1591 <sup>48</sup>. El propio art. 18, al señalar la prescripción de las acciones fundadas en esta ley señala que todo ello es “*sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual*”. Pero esto no es más que un reconocimiento de algo evidente: el artículo 1591 y la L.O.E. coinciden en el sector de los edificios a que ésta se refiere en el art. 2, pero no cuando lo construido es un dique, una presa, una muralla o un refugio nuclear. No se diga que para estas construcciones hay que aplicar analógicamente la L.O.E. (pues la minuciosa delimitación objetiva del art.2 impide la analogía), pero sí que el resultado es el absurdo de que las mismas gozan de un régimen más beneficioso, pues a cualquier vicio reconducible al elástico concepto de ruina habrá que seguir aplicando la garantía decenal del art. 1591 <sup>49</sup>.

Pero, además, no se comprenden en la L.O.E. nada más que los daños causados *en* el edificio, y no los que se producen en otros intereses del damnificado (daños en el mobiliario, daño moral, lucro cesante, gastos de realojamiento, mudanzas, etc.).

### III. LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO: ¿CUÁL ES EL DAÑO RESARCIBLE?

Un concepto bien distinto al de lucro cesante es el de *pérdida de oportunidades* (pérdida de una *chance*, dicen en Argentina en flagrante galicismo). Se trata de la frustración de expectativas de ganancia futuras: si en el lucro cesante estamos ante la certeza de una situación jurídicamente idónea por parte del sujeto que le permitía esperar unas ganancias en el futuro (y acaso en el presente), en la “pérdida de oportunidades” se da la ausencia de tal certeza. De los numerosos ejemplos suministrados por VINEY<sup>50</sup> o por los MAZEAUD y TUNC<sup>51</sup> resultan especialmente interesantes: una culpa médica impide a un aspirante someterse a un examen; la omisión de un Procurador o de un Abogado provocan la imposibilidad de continuar un procedimiento y, naturalmente, de ganarlo; un Notario, con motivo de una venta en pública subasta judicial, es negligente con el mandato de su cliente y le hace perder a éste las probabilidades con que contaba para convertirse en propietario de una finca; un caballo que debía correr un gran premio en el hipódromo no lo hace a causa de un retraso del transportista. En ninguno de estos casos se puede afirmar con certeza que el resultado apetecido se habría conseguido. Todo se conjuga en condicional compuesto: ¿se *habría* aprobado el examen? ¿se *habría* ganado el pleito? ¿*habría* sido, en efecto, adjudicada la finca al mandante? ¿*habría* el caballo obtenido el triunfo? Junto a la certeza de que sin el incumplimiento la víctima habría mantenido sus esperanzas coexiste la absoluta seguridad de que lo que tenía eran eso: esperanzas. Pero privar de las esperanzas también supone un perjuicio, por mucho que su valoración resulte extremadamente delicada.

ZANNONI relata un supuesto delicioso fallado por la Suprema Corte de Buenos Aires en fecha 26 de junio de 1965<sup>52</sup>: un vendedor ambulante de loterías vendía desde hacía muchos meses un mismo número completo a un mismo señor, que lo tenía reservado. Ese número, adquirido semana a semana por el mismo comprador, y que resultó premiado, no había podido venderse en un determinado sorteo, pues por un error de la administración provincial de lotería se había enviado a otra administración, que lo devolvió ya sin tiempo para su venta. El billete fue incinerado con el resto de los números no vendidos, y el infortunado caballero demandó a la administración de lotería de la provincia de Buenos Aires, y el Tribunal entendió que no había responsabilidad: ¿y si el billete hubiese sido vendido a un tercero? ¿estaba acaso obligada la agencia a entregar ese número al vendedor ambulante y éste a venderlo a esa persona y nada más que a ella? Hubo, eso sí, voto disidente: Al haber salido sorteado el número con el premio mayor, el daño resulta tan cierto como en el caso de un concurso en que el concursante era el único que reunía sin disputa las condiciones exigidas, o como en el supuesto del ganador de una carrera que por un hecho ilícito anterior de un tercero es descalificado con posterioridad.

Dice Elena VICENTE<sup>53</sup> que son cosas distintas la valoración del daño futuro e incierto y la de la propia *chance* u oportunidad: ésta tiene un valor en sí, porque su desaparición es un daño actual y cierto, y su pérdida lo es de algo que efectivamente existía en el patrimonio del sujeto antes de que sufriera la lesión. Entender sin más que este tipo de daños es meramente hipotético y que no puede ser tenido en cuenta por los Tribunales me parece equivocado, pues no siempre se tratará de recordatorios del cuento de la lechera. Hay incertidumbre en el perjuicio, pero certidumbre de probabilidad. Me parece claro que si la víctima se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a convertir en hechos esas oportunidades, el juez debe valorarlo, como lo hace en Francia, y comienza a hacerlo en nuestro país, en los supuestos de pérdida de un litigio, investigando lo que valía el fondo del litigio, si la resolución impugnada habría podido ser reformada o casada, cómo habría juzgado otra jurisdicción superior, etc.

Es lo que podríamos denominar “juicio dentro del juicio”. Así lo reconoce la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Madrid de 2 de diciembre de 1995 (Sección menor, proced. 0909-I/93). Un recurso de casación no fue presentado a tiempo por una omisión del Procurador, lo que hizo que la sentencia deviniese firme. El demandante, que ya había visto triunfar su pretensión en Primera Instancia, solicitaba como indemnización al Procurador negligente, entre otras partidas, la suma de dinero que se habría obtenido si el recurso de casación se hubiera resuelto favorablemente: en concreto, cien millones de pesetas. La sentencia concede una indemnización por los gastos ocasionados en la redacción del escrito de interposición del recurso de casación, pero además, tres millones de pesetas más en concepto de pérdida de oportunidades, “como concepto diverso al del lucro cesante”: “no cabe entender que se trata de un daño hipotético, calificación que puede predicarse de las eventuales ganancias que se habrían podido alcanzar de materializarse el éxito pretendido o deseado, presupuesta la actuación de la oportunidad perdida, *pero no puede negarse que la pérdida misma de la oportunidad ya integra, de suyo, un daño. Hay, pues, incertidumbre en el beneficio que se hubiera podido obtener, pero hay certeza en cuanto a la probabilidad de que se hubiera tenido de no perderse la oportunidad por causa imputable a un tercero*”.

Aunque de jurisprudencia menor, la sentencia es muy interesante y valiosa: no valora, pues, daño patrimonial alguno ni eventual lucro cesante consistente en una hipotética pérdida de los cien millones de pesetas en que se valoraba el recurso no sustanciado. En estos casos en que resulta incierto saber cómo se habría resuelto el recurso, si hay algo es un daño auténticamente emergente, y de naturaleza moral: la pérdida de la oportunidad. Nada más. Como señala la sentencia de 11 de noviembre de 1997 (EDE 9811), “resulta totalmente imposible saber, si introduciéramos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terrenos 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”, pero “sí aparece probado el perjuicio o daño moral que sufrieron los demandantes, aquí recurridos, al ver irremisiblemente privados, por la negligente conducta de dicho Procurador, del dere-

cho que les asistía a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelación y en su caso, por el Tribunal Supremo”<sup>54</sup>. Evidentemente, no es fácil saber cómo podrán concluir unas tercerías de dominio.

Habría, en cambio, casos en que el “juicio dentro del juicio” arroje la absoluta seguridad de que, sin la negligencia del profesional, se habría obtenido sin duda alguna aquello que se solicitaba en la instancia. Y entonces podrá valorarse el daño patrimonial sin reserva. Es ése el caso resuelto por la sentencia de 16 de diciembre de 1996 (EDE 8603)<sup>55</sup>, y, de manera aún más clara, el de la sentencia de 28 de enero de 1998 (EDE 322). En ésta, la demanda de responsabilidad se había dirigido contra un Abogado que había presentado tardíamente una reclamación de créditos laborales contra el Fondo de Garantía Salarial, después de que los trabajadores hubieran visto resueltos sus contratos por cierre de la empresa y de que la Magistratura de Trabajo fijara las correspondientes indemnizaciones, de las que no pudo hacerse cargo el empresario, declarado insolvente. El supuesto, a diferencia de lo que ocurría en la sentencia de 11 de noviembre de 1997, era, pues, clarísimo. Y no es que le sean imputables los daños a título de culpa, como parece que la sentencia quiere decir: lo que ha habido es el incumplimiento de una clara obligación de resultado, al presentar casi dos años después una reclamación que se encontraba sujeta al plazo de un año. La responsabilidad es tan objetiva como la del deudor cuyo retraso en la entrega de una cosa determinada ocasiona daños al acreedor. No tenga empacho el Tribunal Supremo en reconocer que, en las pocas ocasiones en que la obligación del Abogado no es de medios o actividad sino de resultado, la responsabilidad contractual es de carácter objetivo. No hace falta recurrir a torcidos mecanismos de responsabilidad subjetiva con presunción de culpa

Lo malo es que la sentencia de 28 de enero de 1998, que está llamada a preocupar a muchos y a arrojar no pocos comentarios, parece elevar el criterio a principio general, cuando afirma: “se trata del profesional (...) que, con su incumplimiento contractual, impide al perjudicado la obtención de un derecho; es el caso de autos en que el abogado codemandado, condenado y asegurado en la entidad también codemandada y condenada, presenta una reclamación en un tiempo en que ya ha transcurrido el plazo de prescripción o caducidad; *nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida, pero el profesional, con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de conseguirla, con lo que, además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, al quedarle cortada por la prescripción o caducidad. Como indemnización del daño es correcta la condena aquella prestación que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener*”.

Discrepo por completo. El crédito salarial reconocido por Magistratura constituía algo tan cierto y tan inmediatamente reclamable al FOGASA, una vez declarada insolvente la empresa, que casi se asemeja, siquiera de manera metafórica a un cheque: lo único que hay que hacer es ir a la ventanilla del Banco y cobrarlo. Si no se hace, no es que “nadie pueda prever con seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida”, pero que, a pesar de todo, haya que valorar la pérdida de la oportunidad en el importe del crédito. La pérdida de oportunidades no puede, por concepto, valorarse en el cien por cien del importe de lo reclamado si lo que hay es incertidumbre en cuanto al éxito de la reclamación. Si en el caso analizado se concede la totalidad del crédito es porque hay un daño efectivo y plenamente cierto. Eso es probablemente lo que quiere decir el Supremo. Pero al expresarse en términos tan generales, está sentando una peligrosa doctrina. Lo que se ha perdido no es la oportunidad de que a los trabajadores les fuera estudiada la posibilidad de cobrar sus créditos, pues si eso fuera, simplemente habría un daño moral evaluable según la verosimilitud de sus inciertas reclamaciones (recuérdese la sentencia de Primera Instancia de 2 de diciembre de 1995, a la que antes me referí: no se conceden los cien millones solicitados, sino sólo tres). Se daría la necesidad de valorar la mera probabilidad en sí, lo que siempre representa un valor. Argüir que la pérdida de oportunidades confiere el derecho a reclamar del Abogado todo lo que se habría obtenido si se hubiera dado al juez la posibilidad de valorar la petición, las pruebas practicadas, etc., y con ello, además, se hubiese obtenido cuanto se solicitaba, supone adentrarse en un terreno pantanoso. El que es causa de la causa... Y lo que es peor, y dado que detrás del Abogado existe una póliza de seguro, ¿no estaremos abriendo la puerta a la comisión de auténticos fraudes de ley, permitiendo la picaresca de conseguir por vía de reparación aseguradora lo que de otra forma hubiera sido difícil o imposible conseguir?<sup>56</sup>.

La evaluación, en fin, de los perjuicios ha de ser forzosamente casuística, y se escapa a la formulación de reglas generales. Últimamente, la sentencia de 8 de febrero de 2000 (EDE 604) habla de un incumplimiento de las obligaciones profesionales del Abogado que “impidió el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para conocer de la acción por despido laboral, y (que) ha originado la pérdida indebida de oportunidades procesales, con la consiguiente generación de perjuicios que deben ser indemnizados”.

#### **IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PERIODISTAS, O LA MANGA ANCHA Y LA CONFUSIÓN COMO REGLA**

El elenco de acciones previsto en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Jurisdiccional de los derechos al Honor, la Intimidad personal y familiar y la Propia imagen, no ha sido correctamente entendido por nuestros Tribunales, que deberían saber, por ejemplo, que no hace falta que exista daño ni ningún otro elemento o condición de la responsabilidad civil para que prospere una acción de cesación o una de abstención, al no ser propiamente acciones resarcitorias. Tribunales que tienden, en cuanto tienen ante sí una intromisión ilegítima, a

traducirla en indemnización, sin caer en la cuenta de que las acciones de daños no pueden ser típicas acciones de defensa del derecho agredido. O que creen que, si no se concede la indemnización, tampoco corresponde “devolver” al agredido su derecho. Mal está que se tomen fotografías con teleobjetivo de la famosa actriz tomando el sol en *topless* en una cala recoleta y escondida de la costa menorquina (STS 29 marzo 1988, R.A.J. 2480). Pero para contestar a la agresión no es necesario conceder indemnización a alguien que los restantes días del verano se exhibe con idéntico vestuario ante cientos de miles de turistas en la playa de El Arenal. Naturalmente que hubo intromisión ilegítima, pero si las acciones reivindicatoria, negatoria y declarativa de dominio son las acciones típicas de tutela del derecho de propiedad, estando sólo las de daños “a su servicio” (¿o es que el que reivindica un objeto está pidiendo que le paguen su valor?), lo mismo tendría que ocurrir con los derechos de la personalidad, que deben tener a las acciones de abstención y cesación como medidas de restauración, que inciden sobre el derecho agredido e impiden que persista la agresión; y a la difusión de la sentencia y al derecho de réplica-rectificación como medidas de resarcimiento específico. Y sólo cuando la restauración sea incompleta es cuando habrá que pensar en indemnizaciones. Por eso resulta ejemplar que de vez en cuando haya alguna sentencia que declare la existencia de intromisión ilegítima pero sin condena indemnizatoria, como la STS 5 mayo 1988 (R.A.J. 3881) o la STC 202/1999, de 8 de noviembre.

En la tipología de difamaciones, están en primerísimo lugar las informaciones no veraces. De la doctrina del Tribunal Constitucional se deduce la necesidad de distinguir, en la labor informadora, la verdad de la veracidad. No se exige la exactitud, la total adecuación entre el suceso y la información que sobre él se publique. Dice la STC 6/1988, de 21 enero que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y si se exigiese la verdad como condición para el ejercicio de la libertad de la información, ni habría libre desenvolvimiento de la tarea del periodista ni, lo que es peor, libre acceso del ciudadano a la información *veraz*. “La única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”. Si hay investigación por el informador, comprobación de los hechos, tarea de búsqueda y de contraste y no mera elucubración o conjetura, la información es *veraz*, aunque pueda no reflejar la verdad material <sup>57</sup>, y no existe difamación ni intromisión ilegítima alguna en el derecho al honor (aunque pueda haberla, a pesar de la veracidad, en el derecho a la intimidad):

«Cuando la Constitución requiere que la información sea *veraz* no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o sencillamente, no probadas en juicio-, cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible”.

En la misma línea, las SSTs 5 julio y 20 noviembre 1999 (R.A.J. 5898 y 36784, respect.), 13 marzo 2000 (EDE 2511) o la STC 21/2000, de 31 enero <sup>58</sup>. O lo que es lo mismo: la responsabilidad civil, en materia de periodismo, es subjetiva o por culpa. Para que un periodista informe sobre las circunstancias en las que falleció una parturienta, y lo haga de modo lícito aunque gravemente lesivo para la reputación profesional del ginecólogo, tendría que recabar mucha más información de la que se recabó en el caso resuelto por la STS 25 febrero 1991 (EDE 1957), en el que únicamente se había hablado con el marido de la fallecida.

Responsabilidad por culpa, pues. Las empresas periodísticas suelen argüir para aplaudir esta solución que no se les puede exigir una exhaustiva obligación de contrastar hasta el mínimo detalle las informaciones, y que si se les pide una diligencia que sólo se supera cuando se publican noticias objetivamente ciertas, dejaría de ser rentable una industria que es básica para el funcionamiento del sistema democrático. Y no les falta razón, pero que no añadan, como suelen hacer los grandes jerifaltes del periodismo, que es justo ése el sistema que se deduce de la Constitución (ni que sería inconstitucional un sistema de responsabilidad objetiva). Que no lo añadan, pues el art. 20.1d) C.E. no dice eso. Claro, que como tampoco dice lo contrario, siempre se puede argumentar que tampoco la L.O. 5/1982 exige la culpa o negligencia del agresor. Y, puestos a que no la exija, tan legítimo es defender que, ante la ausencia de una específica previsión legal, entonces debe regir el sistema subjetivo general <sup>59</sup> como defender lo contrario <sup>60</sup>.

Pero, para concluir con este punto, han de tenerse en cuenta dos cosas de capital importancia:

a) La veracidad constituye un freno de la libertad de información, pero no de la libertad de expresión: ésta tiene mayor amplitud, pues las ideas, las opiniones o las creencias no son ni verdaderas ni falsas (STS 26 mayo 2000, EDE 10847), y su propia naturaleza les impide ser objeto de verificación. Otra cosa será cuando la opinión se exponga provista de expresiones injuriosas o descalificantes o se vea acompañada de datos que, al no tener relevancia ni interés públicos, pueden invadir la intimidad.

b) El que una información objetivamente falsa pero obtenida con rigurosa labor de contraste no genere derecho a indemnización no debería suponer que el agredido carezca de todo otro mecanismo para repeler la intromisión, aunque, lamentablemente, los Tribunales no lo están entendiendo así.

Y es que, en general, la tesis de que no hay que indemnizar si la información, objetivamente falsa, fue diligentemente contrastada (fue *veraz*, en suma, aunque no verdadera), sólo debería servir para precluir la existencia de intromisión ilegítima a los *solos efectos indemnizatorios* <sup>61</sup>, pero nada debería impedir que el perjudicado pudiera obtener un pronunciamiento que ordenara la difusión de la sentencia, la declaración de falsedad y la condena a la

cesación de la perturbación y a la abstención de intromisiones ulteriores<sup>62</sup>. Pero parece que la práctica judicial española ha *enganchado* irremediablemente el concepto de intromisión ilegítima a la indemnización de perjuicios. A ello ha contribuido, por lo demás, la general presunción de perjuicio que establece el art. 9.3º, que suele entenderse casi como equivalencia, más allá de lo que son propiamente las normas presuntivas<sup>63</sup>.

Y es que una información que, por mucho que el periodista haya actuado con rigor, escrúpulo y diligencia a la hora de contrastarla, acaba resultando objetivamente falsa, podrá salvarse de la condena indemnizatoria, pero no tiene por qué librarse de que el difamado haga valer los remedios inhibitorios (abstención y cesación), de retractación o rectificación y declarativos, con difusión de la sentencia. Como dice SALVADOR CODERCH, cuando alguien sólo pide una *vindicación* de su honor, pero no una *indemnización*, debería bastar con que demostrara la falsedad de lo publicado por el diligente periodista<sup>64</sup>. La doctrina constitucional de la veracidad sólo debería significar que la de los periodistas no es una responsabilidad objetiva sino por culpa, pero no que el art. 20 de la Constitución impida que, cuando las informaciones son veraces (diligentemente obtenidas) aunque objetivamente falsas, nada se puede hacer contra ellas. No lo entiende así la STS 27 mayo 2000 (EDE 11383), entre otras.

En conclusión, resulta sobrecogedor que el balance de casi veinte años de vigencia de la Ley del Honor da por buena la afirmación que hace años leíamos a GONZÁLEZ PÉREZ: “Basta esa mínima diligencia por parte del informador para que sea lícita la divulgación de una noticia que destruya la reputación y la fama de una persona, aunque la noticia resulte falsa, sin que quepa *la menor reacción en ningún orden judicial* (las cursivas son mías) frente al *diligente* periodista”<sup>65</sup>. Y no sólo es que la situación sea desoladora: es que carece del más mínimo rigor técnico-jurídico. La traducción al lenguaje de las acciones protectoras del derecho de propiedad nos llevaría a decidir que si alguien pretende que le devuelvan la finca que indebidamente posee otra persona, y pide también que le indemnicen por los daños causados en la finca, como no logre probar estos últimos, tampoco procederá que le devuelvan el inmueble, por más que haya logrado probar su justo título de dominio (!).

Pero, ya en otro orden de cosas, el confundir la protección del honor y la intimidad con la responsabilidad civil, convirtiendo la L.O. 5/1982 en una más de las leyes especiales en la materia, tiene a veces un efecto absolutamente devastador. Se comprueba fácilmente leyendo la STS 18 junio 1993 (R.A.J. 4686). Las fotografías que el Ministerio del Interior había difundido como correspondientes al terrorista de E.T.A. (ahora arrepentido) Juan Manuel Soares Gamboa, en realidad eran fotos de su hermano Francisco Javier. El propio Ministro del Interior reconoció el error ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, y hubo incluso dimisiones de altos funcionarios. Francisco Javier Soares formuló demanda incidental sobre protección al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen contra el que en aquel momento era Director General de la Seguridad del Estado, Julián Sancristóbal, contra el Secretario de Estado para la Seguridad, Rafael Vera, y contra la Administración del Estado. Desestimada la demanda en Primera Instancia, la Audiencia condenó a los demandados al pago de tres millones de pesetas y a difundir el contenido del encabezamiento y el fallo de la resolución. Pero el Tribunal Supremo decidió revocar la sentencia, declarando que, como no se trataba de otra cosa que de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, la competencia no pertenecía al orden jurisdiccional civil, sino al contencioso-administrativo.

Realmente lamentable<sup>66</sup>. El que la L.O. 5/1982 incluya medidas indemnizatorias entre los mecanismos de protección de los derechos fundamentales protegidos no significa que la protección integral de los mismos se colorea de responsabilidad civil. Y deducir que, como de la responsabilidad de la Administración se han de ocupar los jueces de lo contencioso-administrativo, entonces no cabe recurrir al procedimiento judicial previsto en el art. 53.2 C.E. y regulado en los arts. 11 a 15 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (ahora derogados por la Disposición Derogatoria única 2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), es algo más que un error: es una completa barbaridad.

## V. LOS JUECES Y MAGISTRADOS, PROFESIONALES INMUNES

Con todo, no son sólo los periodistas los que se libran de la quema. Dice repetida jurisprudencia, y de cualquier Sala del Tribunal Supremo, que para que exista un error judicial capaz de generar la responsabilidad por daños y perjuicios es preciso que exista la aplicación de un precepto legal inequívocamente inadecuado o interpretado de forma absolutamente inidónea, una equivocación palmaria por aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido (sentencia de la Sala Cuarta de 20 de diciembre de 1999). A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad civil del común de los mortales, **para que un juez responda civilmente se precisa algo más que mera negligencia**: es necesario que haya tenido en cuenta en su sentencia “normas inexistentes, caducadas o con su integración palmaria y bien expresiva en su sentido contrario o con oposición frontal a la legalidad” (sentencia de la Sala Primera de 12 de marzo de 1996). Que se haya, en suma, desatendido datos de carácter indiscutible, generando una “resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico” (Sala Primera, sentencia de 24 de enero de 1997, o las de 24 de febrero y 10 de abril de 2000), dando lugar a una interpretación “absurda o insensata del Derecho” (Sala Cuarta, sentencia de 10 de diciembre de 1999) capaz de ser apreciada por cualquier persona versada en Derecho (Sala Segunda, sentencia de 8 de mayo de 2000).

En los últimos años he leído con estupor bastantes sentencias –las citadas son sólo unas pocas– de las que sólo cabe extraer una conclusión: cuando un juez yerra, si el error no es esperpéntico, no es error. Si el criterio de atribu-

ción de la responsabilidad del juez es el dolo y la culpa (art. 411 L.O.P.J.), el Supremo prefiere pensar que sigue vigente el art. 903 L.E.C., que exigía “*negligencia o ignorancia inexcusables*”, situando con ello el criterio o factor de atribución en el dolo, o al menos en la culpa grave, cuando lo más sensato era pensar que se trata de un precepto que quedó derogado por la L.O.P.J.<sup>67</sup>. Pero es que, además, se ha trasladado el régimen previsto para la responsabilidad *personal* de Jueces y Magistrados al ámbito de la responsabilidad *del Estado*, al exigirse que el reconocimiento del error judicial tenga lugar sólo cuando se dé esa misma condición. Que no fue eso lo querido por el legislador lo demuestra el hecho de que, en el régimen de la responsabilidad del Estado, el dolo y la culpa grave aparece solamente en el art. 296, a efectos de permitir la acción de regreso del Estado contra el Juez o Magistrado. Y lo demuestra también el que el art. 297 concluya el régimen de la responsabilidad estatal diciendo que “*Lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta ley*”.

El resultado de esta manera de entender las cosas está siendo que el art. 121 de la Constitución sólo se está cumpliendo en parte, esto es, cuando el daño es consecuencia del funcionamiento del servicio público (dilaciones excesivas en las tramitaciones, prisiones preventivas indebidas, daños producidos por el resto del personal judicial, etc.), pero no cuando lo ha originado un error judicial. Si es esto segundo, y dejando a salvo los casos graves, no responde nadie<sup>68</sup>.

---

## NOTAS

1 Y es que, en efecto, si por profesional liberal entendemos aquel que “va por libre”, hoy día casi se puede decir que el único profesional auténticamente liberal es el electricista o el fontanero (cuando no son trabajadores dependientes, claro), ya que lo común es que los abogados, médicos, periodistas, jueces, etc., trabajan en régimen de dependencia laboral o funcional. Si éstos eran los profesionales de las “*operae liberales*”, se entendía que era por el carácter elevado de sus artes. Si el abogado o el médico trabajaban más con su inteligencia que con sus manos, ello impedía en Roma (y el debate se reprodujo igualmente muchos siglos después, en plena Codificación) cualquier encaje de la relación jurídica entre profesional y beneficiario de sus servicios que no fuera la del contrato de mandato.

2 Sentencias, entre otras muchas, de 7 de febrero, 29 de junio y 6 de julio de 1990 (R.A.J. 668, 4945 y 5780, respect.), 8 de mayo de 1991 (R.A.J. 3618), 25 de abril de 1994 (R.A.J. 3073), 12 de julio de 1994 (R.A.J. 6730), 11 de febrero de 1997 (R.A.J. 940), 4 de febrero de 1999 (EDE 931), 18 de abril de 2000 (EDE 5929) o 30 de septiembre de 2000 (EDE 30764). Eso sí, parece ya consolidada la idea de que en la medicina voluntaria, y señaladamente, en la que desarrollan odontólogos, estomatólogos, protésicos dentales y cirujanos estéticos, hay contrato de obra. Pueden verse, entre otras varias, las sentencias de 27 de junio de 1997 (R.A.J. 5758), 28 de junio de 1997 (R.A.J. 5151), 2 de diciembre de 1997 (R.A.J. 8964), 19 de febrero de 1998 (R.A.J. 634) y 28 de junio de 1999 (R.A.J. 403).

3 Sobre el tema, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, 1999, y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Madrid, 1996.

4 CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, págs. 66 y 67. Sobre este tema, puede verse mi monografía *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, 1989, págs. 294 y ss.

5 LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest)*, Madrid, 1999, pág. 101.

6 LLAMAS, loc. cit.

7 CARRASCO PERERA, *Comentario del artículo 1101 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, Madrid, 1989, pág. 406.

8 CARRASCO PERERA, cit., pág. 404. En la conocidísima sentencia de 13 de junio de 1944, se lee que la guerra civil impidió durante tres años la entrega del aceite vendido. Al ser obligación genérica, el vendedor seguía obligado a cumplir, pero no a indemnizar por la mora.

9 Afortunados ejemplos de CARRASCO, cit., pág. 384.

10 HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1976, pág. 70.

11 Cosa que no hace el art. 1135 C.civ., que confunde indemnización con precio o valor de la cosa, a diferencia de lo que, con corrección, hace el art. 1136. Algo parecido parece ocurrir en el art. 1150. Tampoco diferencian los arts. 1152 y 1153, de los que no se deduce a primera vista si la pena sustituye sólo a la indemnización de daños o comprende también el valor de la prestación. Sí distingue indemnización y precio el art. 1147, pº 2º, y, en sede de “*perpetuatio obligationis*” (que no de responsabilidad), el art. 1185 habla correctamente de *precio*.

12 Por todas, pueden verse las sentencias de 29 de noviembre de 1985 (R.A.J. 5915), 24 de septiembre de 1986 (R.A.J. 4786), 29 de noviembre de 1990 (R.A.J. 9059), 10 de junio de 2000 (EDE 13845) o 30 de junio de 2000 (EDE 23049).

13 CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, 1989, pág. 44.

14 Así, si la sentencia de 9 de mayo de 1984 (R.A.J. 2403) dice que el incumplimiento puede suponer «*per se* un

perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral», no es porque el Supremo quiera iniciar un cambio de rumbo. Era el caso del abogado que demandaba a la Compañía Telefónica como consecuencia de haberse omitido en la Guía Telefónica de Lérida sus datos personales y profesionales, y la sentencia no se limita a devolverle las cantidades pagadas a la compañía. Al margen de éstas, el daño existía. Hay comentario de la sentencia en IGARTUA ARREGUI, *Comentario de la sentencia de 9 de mayo de 1984*, en C.C.J.C., nº 5, págs. 1631 y ss. Últimamente, la sentencia de 28 de diciembre de 1999 (R.A.J. 9379) dice que, en líneas generales, sigue en pie el principio de que el solo incumplimiento no genera responsabilidad por daños, pero que puede suceder que del solo incumplimiento se derive fatalmente la existencia del daño.

15 Argumentos basados en los antecedentes legislativos en ALBALADEJO, *La responsabilidad por daños causados por ruina de los inmuebles por defectos de construcción*, Injuria, nº 6, abril-junio 1995, págs. 18 y ss.

16 No así a las previstas en el art. 1965 C.civ. ni, en general, a las meramente declarativas. Sobre el tema traté en *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998, págs. 95 y ss. y 129 y ss.

17 Respecto de los cuales creo que el constructor merece la calificación de fabricante *aparente* (art. 4.1.d de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos).

18 Últimamente, sentencia de 15 de julio de 2000 (EDE 23052).

19 Sentencia de 25 de julio de 2000 (EDE 22069).

20 SALOM ANTEQUERA, *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, 1940-1941, págs. 66 y 67.

21 Las dudas de ese pº 2º han querido salvarse por otros autores pensando que no hay en él un distinto plazo de garantía, sino una reiteración del plazo de quince años, de prescripción general de las acciones personales (art. 1964). Así, GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de edificios ex artículo 1591 del Código civil*, A.D.C. 1963, pág. 1108.

22 Véase, por todas, la sentencia de 17 de septiembre de 1996 (R.A.J. 6724), comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ en C.C.J.C., nº 43, enero-marzo 1997, págs. 153 y ss., o la de 7 de febrero de 1995 (R.A.J. 3130). El régimen de responsabilidad decenal se debe aplicar aunque el titular o ejecutor de la obra sea un organismo público, y aunque haya de ser la jurisdicción contencioso-administrativa la encargada de dar respuesta a un litigio puramente civil. Véase la reciente sentencia de la Sala Tercera de 13 de junio de 2000 (EDE 12370).

23 ALBALADEJO, cit., págs. 30 y ss.

24 CADARSO PALAU, *La responsabilidad decenal de Arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, págs. 108. Recientemente, SIERRA PÉREZ, *La responsabilidad en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación*, R.Der.Pat., 1999-3, pág. 115.

25 Y para la responsabilidad extracontractual, ¿cómo podría ahora el peatón demostrar que la ruina se ha debido a falta de reparaciones imputable al dueño (art. 1907) si, por principio, estamos admitiendo que se trata de vicios constructivos? En cualquier caso, una condena del dueño debe abrir para éste la vía de regreso.

26 Así, CADARSO PALAU, *La responsabilidad decenal...*, cit., págs. 166 y ss. (aunque con la matización que se advierte en el texto) y ALBALADEJO, *La responsabilidad por daños...*, cit., págs. 26 y ss. Últimamente, SIERRA PÉREZ, *La responsabilidad en la construcción*, cit., pág. 114.

27 Es de este parecer FEMENÍA LÓPEZ, *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios (de acuerdo con la Ley 38/99, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación)*, Valencia, 2000, págs. 96 y ss.

28 Así, GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de edificios...*, cit., pág. 1106.

29 CADARSO PALAU, *La responsabilidad decenal...*, cit., pág. 171.

30 Así, sentencias de 13 de julio de 1990 (R.A.J. 5858) y 19 de octubre de 1998 (R.A.J. 7440).

31 En la reciente sentencia de 3 de julio de 2000 (EDE 22053), se absuelve al Arquitecto y se condena al Aparejador, pues los vicios ruinógenos venían provocados por una defectuosa ejecución material de la obra.

32 Así, FEMENÍA LÓPEZ, cit., pág. 141. Con todo, y dada la minuciosa relación de intervinientes diseñada por la Ley 38/1999, me remito a lo que allí diré sobre la determinación del sujeto responsable.

33 Entre muchas otras, sentencias de 27 de marzo de 1995 (R.A.J. 2143) y 6 de febrero de 1997 (R.A.J. 681).

34 Por citar sólo alguna de las últimas, cfr. las sentencias de 20 de noviembre de 1998, EDE 24837, 13 de octubre de 1999, EDE 28227, 28 de octubre de 1999, EDE 33330, y 18 de diciembre de 1999, EDE 36841).

35 Véase el comentario del art. 9 de CORDERO LOBATO en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2000, en especial págs. 199 y ss. La lectura es obligada para conocer la riqueza casuística que ofrece el régimen de responsabilidad de cada interviniente.

36 La sentencia de 5 de octubre de 1999 (EDE 28219) condena a un ingeniero técnico como autor de un proyecto de fontanería en el que no existía descalcificador, lo que provocó el envejecimiento prematuro de las tuberías.

37 Véase YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, págs. 407 y ss.

38 Hay un comentario de esta sentencia de COBO PLANA en *Actualidad y Derecho*, 1992, nº 6.

39 Sobre el tema, es muy interesante la aportación de CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2000, págs. 329 y ss.

40 Pueden verse, entre otras, las sentencias de 28 de octubre de 1989 (R.A.J. 6969), 13 de julio de 1990 (R.A.J. 5858), 5 de julio de 1997 (R.A.J. 5507), 19 de octubre de 1998 (R.A.J. 7440), etc.

41 Así, las sentencias de 24 de enero de 1989 (R.A.J. 120), 20 de octubre de 1990 (R.A.J. 8025), 17 de octubre de 1995 (R.A.J. 7541), 22 de noviembre de 1997 (R.A.J. 8077), 18 de junio de 1998 (R.A.J. 5064), 20 de noviembre de 1998 (EDE 24837), 6 de marzo de 1999 (EDE 1632), 18 de diciembre de 1999 (EDE 36841), etc. Véase particularmente la de 8 de mayo de 1991, citada en el texto.

42 Sentencias de 13 de octubre de 1994 (R.A.J. 7547), 19 de abril de 1995 (R.A.J. 3428), 22 de marzo de 1997 (R.A.J. 2191), 8 de junio de 1998 (R.A.J. 4125), etc.

43 Sentencias de 17 de marzo de 1993 (R.A.J. 2018), 19 de abril de 1995 (R.A.J. 3428), 5 de julio de 1997 (R.A.J. 5507), etc. Y es que debe tenerse en cuenta que, si el art. 1252, pº 3º C.civ. (derogado por la nueva L.E.C., una vez ésta entre en vigor en 2001) entiende que hay identidad de personas, a los efectos de la cosa juzgada, cuando los litigantes de un segundo pleito estuvieran unidos a los del primero por vínculos de solidaridad, no es ello aplicable aquí, pues, como apunto en el texto, la solidaridad creada al amparo del art. 1591 C.civ. se crea con la sentencia que condena, pero no se basa en un vínculo preexistente.

44 Sentencias de 6 de octubre de 1992 (R.A.J. 77527), 20 de junio de 1995 (R.A.J. 4934), 22 de marzo de 1997 (R.A.J. 2191), etc.

45 Un vaticinio más optimista lleva a pensar que en el mismo pleito a que ha dado lugar la demanda del perjudicado, y en el que el demandado ha provocado la intervención procesal de otros intervinientes en la edificación, pueda acumularse eventualmente la acción de repetición contra los mismos (es decir, para el caso de que el demandado sea, efectivamente, condenado solidariamente), a fin de que, por economía procesal, se consiga que el perjudicado cobre y que la distribución interna de la deuda no se dilate.

46 Así, FEMENÍA LÓPEZ, cit., págs. 96 y ss., y SIERRA PÉREZ, cit., pág. 125.

47 CORDERO LOBATO, en *Comentarios...*, cit., pág. 339.

48 BARRÓN DE BENITO, en *La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación*, Ponencia presentada al VIII Congreso de Responsabilidad civil, Colegio de Abogados de Barcelona, febrero de 2000.

49 Absurdo denunciado por CORDERO LOBATO (cit., págs. 347 y 348), que por lo mismo prefirió pensar en la derogación del art. 1591 y en la aplicación analógica de la L.O.E., lo mismo que GONZÁLEZ CARRASCO hace al comentar la Disposición Derogatoria 1ª (pág. 593) y mantiene GONZÁLEZ PÉREZ en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 1999, págs. 439 y 579.

50 VINEY, *La responsabilité: conditions*, en GHESTIN, *Traité de Droit civil*, t. IV, Paris, 1982, págs. 341 y ss.

51 *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1977, págs. 307 y ss.

52 ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1987, págs. 79 y ss.

53 VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Barcelona, 1994, pág. 131

54 BARRÓN DE BENITO, *Los criterios de imputación y la determinación del daño en la responsabilidad civil de los Abogados*, Ponencia presentada dentro del Ciclo de conferencias sobre las fronteras de la responsabilidad civil en el siglo XXI, Colegio de Abogados de Madrid, 24 de abril de 1998, pág. 23.

55 Comentada por REBOLLEDO VARELA en C.C.J.C. nº 44, págs. 483 y ss.

56 Así, ALBANES MEMBRILLO: *La responsabilidad civil del abogado: quantum indemnizatorio*, Actualidad Aranzadi, 26 de febrero de 1998).

57 Ni hay verdad ni veracidad en el caso resuelto por la STS 22 abril 1992 (R.A.J. 3317). El periódico Diario 16 había publicado un reportaje sobre prostitución masculina titulado “Cuando los efebos hacen la carrera”, en el que se incluía una fotografía de un menor y un adulto. En el pie de foto se podía leer: “El joven, que no tiene reparos en *hacer la esquina*, ofrece sus *servicios* previo pago de *equis talegos*”. Pero en realidad eran un padre y un hijo que charlaban mientras esperaban a que se abrieran las taquillas de la plaza de toros de Las Ventas. Hay un comentario de SALVADOR CODERCH en C.C.J.C., nº 30, pp. 791 y ss.

58 En la STS 23 marzo 1999 (EDE 2239) hay un buen ejemplo de información que además de falsa, no había ido precedida de rigor y veracidad: de un expediente administrativo pendiente de un recurso de alzada y de un mandamiento de ingreso no se puede deducir necesariamente un clima de corrupción socio-económica. La doctrina según la cual el que la información debe ser veraz (diligentemente buscada y obtenida) significa que el sistema de responsabilidad civil del periodista y de los medios es de naturaleza subjetiva o por culpa, que se inició, probablemente, con la STC 6/1988, de 21 enero, referida en el texto, fue la que en 1964 se mantuvo en Estados Unidos en *New York Times v. Sullivan*. Se trata de un caso conocidísimo, y que supuso entonces un cambio copernicano: con anterioridad, el periodista norteamericano respondía si la información no era verdadera (por muy veraz que fuese y diligente que hubiera sido el trabajo del profesional). Vid. PROSSER y KEATON, *On torts*, Saint Paul, Minnesota, 1983, pp. 802 y ss. Pero debe tenerse en cuenta, como hace PANTALEÓN (*La Constitución, el honor y unos abrigos*, p. 1690), que en aquel país el protagonista de las condenas de responsabilidad civil por difamación es la indemnización punitiva,

cosa de la que, a Dios gracias, nos encontramos muy lejos en España. En términos absolutos, tanto como la peseta del dólar. La jurisprudencia constitucional española importó esta doctrina como si se tratara de importar frigoríficos (PANTALEÓN, loc. cit.).

59 Así, SALVADOR CODERCH, *Prevenir y castigar*, p. 45.

60 De esta manera, PANTALEÓN, *La Constitución, el honor y unos abrigos*, p. 1691.

61 Eso sólo quise decir, bien que sin matizarlo, en *Aspectos civiles*, p. 494.

62 Así, SALVADOR CODERCH, *Prevenir y castigar*, p. 40, y anteriormente en *El derecho de la libertad*, pp. 74 y ss. Muy interesante el trabajo de PANTALEÓN, de nombre expresivo: *La Constitución, el honor y unos abrigos*, La Ley, 1996, t. III, pp. 1689 y ss. En él plantea el autor una interesante parábola: si el camarero del restaurante cambia de percha los abrigos (idénticos) de dos comensales y cada uno se lleva el abrigo del otro, no diremos que existe responsabilidad criminal por hurto, ni siquiera responsabilidad civil porque el que se llevó el abrigo que no le pertenecía se llevó también el documento que había en el bolsillo, provocando la imposibilidad de cerrar esa tarde un interesante negocio. Pero ¿dudará alguien de que el perjudicado pueda pedir que le devuelvan su abrigo? Pero como en España los abrigos merecen más respeto que el honor de las personas, el difamado por una información objetivamente falsa, como no puede exigir responsabilidad civil al periodista que fue diligente, tampoco puede pedir que le devuelva su honor.

63 Así, para un tema de libertad sindical, la STS (Sala 4ª) 28 febrero 2000 (EDE 2272).

64 SALVADOR CODERCH, en C.C.J.C., nº 30, pp. 763 y ss.

65 GONZÁLEZ PÉREZ, *La degradación*, p. 54.

66 Véase un comentario de esta sentencia en SALVADOR CODERCH, LLOVERAS FERRER y SEUBA TORREBLANCA, C.C.J.C., nº 34, pp. 19 y ss.

67 La L.E.C. de 2000 viene ahora a exigir de nuevo “dolo, culpa o ignorancia inexcusable” (arts. 266.1º y 403.2), lo que trae consigo una urgente necesidad de armonización legislativa.

68 Es abundante la literatura jurídica sobre la responsabilidad del Estado-juez. Indico aquí las aportaciones de MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, 1988; ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil del juez*, Valencia 1997; I. DÍEZ-PICAZO, *Poder judicial y responsabilidad*, Madrid, 1990; FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil judicial*, Pamplona, 1987; MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, en Doc. Jca., t. XII, nº 45-46, enero-junio 1985, págs. 299 y ss.; REYES MONTERREAL, *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Madrid, 1987.