



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

**Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado
Doctorado Nuevas Tendencias en Derecho Privado**

EL DAÑO LÍCITO

TESIS DOCTORAL

**DIRECTOR
DR. EUGENIO LLAMAS POMBO**

**DOCTORANDO
CARLOS CÉSPEDES MUÑOZ**

**SALAMANCA
2015**

*A Claudia e Ignacio,
en cuyo tiempo escribí estas líneas,
por darle sentido a mi vida.*

*A mis padres, sin cuyo esfuerzo no habría
sido posible recorrer estos rumbos.*

*A mi familia y amigos, por su constante
apoyo.*

*Y a mis queridas Facultades de Derecho de
la U. de Salamanca y de la
U. Católica de la Ssma. Concepción, por su
formación de excelencia.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I. DE LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES Y DEL ORIGEN DEL DAÑO LÍCITO NO REPARABLE	19
PRIMERA PARTE. EL DAÑO COMO FACTOR CONSTITUTIVO Y DETERMINANTE DE LA OBLIGACIÓN REPARATORIA	19
I. EL DAÑO JURÍDICAMENTE RELEVANTE.....	19
II. EL DAÑO CONTRACTUAL.....	21
III. EL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL.....	22
IV. EL DAÑO JUSTO O LÍCITO. EN PARTICULAR, EL DAÑO NO REPARABLE.....	24
1. El daño no antijurídico.....	24
2. Los daños no reparables.....	30
2.1. Daños causados en el ejercicio legítimo de un derecho.....	31
2.1.1. Límites intrínsecos al ejercicio de los derechos. La buena fe.....	32
2.1.1.1. La doctrina de los actos propios.....	34
2.1.1.2. El retraso desleal.....	36
2.1.1.3. El abuso de la nulidad por motivos formales.....	38
2.1.1.4. El abuso del derecho.....	38
2.1.2. Daños causados en el ejercicio leal de la competencia.....	40
2.1.3. Daños causados en el ejercicio legítimo del derecho de huelga.....	44
2.1.3.1. Límites internos del derecho de huelga.....	45
2.1.3.2. Límites externos del derecho de huelga.....	47
2.1.3.3. Daño no reparable en el derecho de huelga...	48
2.1.3.3.1. El principio de proporcionalidad de los sacrificios de las partes.....	49
2.1.3.3.2. La ruptura del principio de la buena fe.....	51
2.1.4. Daños sufridos por un deportista con ocasión de la práctica deportiva.....	52
2.1.5. Daños ocasionados al derecho al honor en el ejercicio de la libertad de información.....	60
2.1.6. Daños causados en el ejercicio de la legítima defensa.....	68
2.2. Los daños tolerables en el ámbito de las relaciones de	

vecindad.....	73
2.3.Los daños causados con el consentimiento de la víctima.....	77
SEGUNDA PARTE. EL ORIGEN DEL DAÑO LÍCITO. LA INDEMNIZACIÓN DE DERECHO PÚBLICO POR ACTUACIÓN CONFORME A DERECHO...	83
I. INTRODUCCIÓN.....	83
II. LA INDEMNIZACIÓN DE DERECHO PÚBLICO POR ACTUACIÓN CONFORME A DERECHO.....	84
1. Breves notas sobre el origen, evolución y las teorías que pretenden explicar la indemnización de Derecho público.....	84
2. Teorías sobre el fundamento de la indemnización de Derecho público.....	87
3. El Estado sólo tiene la obligación de indemnizar en virtud de una ley que así lo ordene expresamente.....	91
3.1.Daño lícito y responsabilidad patrimonial de la Administración	92
3.1.1. Críticas y limitaciones al concepto amplio de responsabilidad patrimonial de la Administración adoptado por la doctrina y la jurisprudencia tradicional.....	98
3.1.1.1. La teoría de la indemnización como instituto distinto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.....	98
3.1.1.2. Las críticas de FERNANDO PANTALEÓN.....	100
3.1.1.3. Las críticas de ORIOL MIR.....	102
3.1.1.4. La respuesta a las críticas por parte de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.....	103
3.1.1.5. La tesis de FRANCISCO JAVIER DE AHUMADA RAMOS.....	105
3.1.1.6. Conclusiones.....	106
3.2. El daño lícito y la responsabilidad del Estado legislador.....	107
3.2.1. Actos legislativos de naturaleza expropiatoria y aquellos que no lo son.....	110
3.2.2. Actos legislativos de naturaleza no expropiatoria.....	112
3.2.2.1. Indemnización de los perjuicios ocasionados por una ley declarada inconstitucional.....	114
3.2.2.2. Indemnización de los perjuicios ocasionados por la vulneración del principio de confianza ilegítima.....	117
3.2.2.3. Indemnización de los perjuicios ocasionados por la vulneración del Derecho comunitario...	121
3.2.3. Calificación de una ley de naturaleza expropiatoria y corolario.....	125
III. SUPUESTO TÍPICO DE INDEMNIZACIÓN DE DERECHO PÚBLICO POR ACTUACIÓN CONFORME A DERECHO: LA INDEMNIZACIÓN	

DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR UNA EXPROPIACIÓN FORZOSA.....	127
1. Palabras previas.....	127
2. Concepto de expropiación forzosa.....	127
3. Distinción de la expropiación forzosa con la delimitación de derechos y la responsabilidad patrimonial de la Administración.....	129
3.1.Expropiación forzosa y delimitación de derechos.....	129
3.1.1. Teorías para determinar el criterio que permite distinguir a la expropiación forzosa de la delimitación de derechos.....	131
3.1.1.1. Criterio de la privación singular de la propiedad (<i>Einzelaktstheorie</i>).....	131
3.1.1.2. Teoría del sacrificio impuesto (<i>Aufopferungstheorie</i>).....	131
3.1.1.3. Teoría del sacrificio especial (<i>Sonderopfertheorie</i>).....	133
3.1.1.4. Teoría del merecimiento de protección (<i>Schutzwürdigkeitstheorie</i>).....	133
3.1.1.5. Teoría de la minoración de la sustancia o de su esencia (<i>Substanzminderungstheorie</i>).....	134
3.1.1.6. Teoría de la exigibilidad (<i>Zumutbarkeitstheorie</i>).....	134
3.1.1.7. Teoría de la igualdad.....	134
3.1.1.8. Teoría de la utilidad privada (<i>Privatnützigkeitstheorie</i>).....	134
3.1.1.9. Teoría de la alienación o pérdida de la finalidad (<i>Zweckentfremdungstheorie</i>).....	135
3.1.1.10. Teoría del carácter de la ley.....	135
3.1.2. La situación en España.....	135
3.1.3. Figuras intermedias entre la expropiación forzosa y la delimitación de derechos.....	138
3.1.3.1. Ataque o intervención expropiatoria (<i>enteignender Eingriff</i>).....	138
3.1.3.2. Delimitación de derechos necesitada de compensación (<i>ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung</i>).....	139
3.2.Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración.....	139
4. Garantías comunes a toda forma de expropiación. La indemnización expropiatoria.....	141
4.1.La indemnización expropiatoria.....	142
4.1.2. Origen de la indemnización expropiatoria.....	142
4.1.3. Justificación del poder público para imponer una expropiación.....	144
4.1.4. Naturaleza jurídica de la indemnización expropiatoria...	145
4.1.4.1. Indemnización expropiatoria como	

resarcimiento del perjuicio causado por la expropiación.....	145
4.1.4.2. Indemnización como contraprestación, equivalente o precio.....	147
4.1.4.3. Indemnización como enriquecimiento en el beneficiario y un enriquecimiento en el expropiado.....	148
4.1.4.4. La indemnización como presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria.....	149
4.1.4.5. Nuestra opinión.....	150
4.1.5. Contenido de la indemnización expropiatoria.....	151
CAPÍTULO II. DE LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES EN EL DERECHO PRIVADO Y, EN PARTICULAR, EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL.....	155
PRIMERA PARTE. DE LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES EN EL DERECHO PRIVADO.....	155
I. INTRODUCCIÓN.....	155
II. EL DAÑO ANTIJURÍDICO Y EL DAÑO NO ANTIJURÍDICO.....	158
1. Palabras previas.....	158
2. El daño antijurídico y la consideración de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil extracontractual.....	159
3. El daño lícito reparable como especie del género daño no antijurídico.....	171
III. CARACTERIZACIÓN DEL DAÑO LÍCITO REPARABLE EN EL DERECHO COMPARADO.....	173
1. Palabras previas.....	173
2. Teorías sobre la naturaleza jurídica del daño lícito reparable.....	174
2.1. Teoría de la dicotomía: licitud del acto e ilicitud del daño.....	175
2.2. Teoría de la responsabilidad civil integral.....	176
2.3. Teoría de los hechos jurídicos dañosos como fuente de responsabilidad.....	179
2.4. Teoría de los daños no antijurídicos.....	180
2.5. Teoría del enriquecimiento sin causa.....	181
2.6. Teoría del sacrificio especial.....	183
IV. EL DAÑO LÍCITO REPARABLE EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL.....	185
1. Planteamiento.....	185

2.	Indemnización por el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio.....	186
2.1.	Naturaleza de la obligación reparatoria del artículo 43.1 CC.	189
2.1.1.	Tesis del empobrecimiento injusto.....	193
2.1.2.	Tesis de la responsabilidad civil por culpa <i>in contrahendo</i>	195
2.1.3.	Tesis del incumplimiento de la promesa de matrimonio como generador de responsabilidad civil obligacional limitada.....	197
2.1.4.	Tesis de la responsabilidad civil extracontractual.....	199
2.1.5.	Tesis del daño no antijurídico que genera la obligación de indemnizar.....	201
2.2.	Fundamento de la obligación reparatoria del artículo 43 CC.....	202
2.3.	Extensión de la obligación reparatoria del artículo 43 CC.....	204
3.	Indemnización por los daños causados por la persecución de un enjambre de abejas en fundo ajeno.....	209
4.	Indemnización por el ejercicio del derecho de retirada de la obra del comercio.....	216
4.1.	Ámbito de aplicación del derecho de retirada.....	219
4.2.	Requisitos para el ejercicio del derecho de retirada.....	221
5.	La indemnización de los gastos originados por las obras de mejora en la vivienda arrendada conforme al artículo 22 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.....	225
6.	Las indemnizaciones provenientes de las servidumbres legales.....	232
6.1.	Las servidumbres legales en materia de aguas.....	233
6.1.1.	Indemnización por el establecimiento de la servidumbre de estribo de presa.....	234
6.1.2.	Indemnización por el establecimiento de la servidumbre forzosa de saca de agua y abrevadero....	236
6.1.3.	Indemnización por el establecimiento de la servidumbre de acueducto.....	238
6.1.4.	Indemnización por establecimiento de la servidumbre de parada y partidor.....	242
6.1.5.	Indemnización por establecimiento de la servidumbre forzosa de desagüe.....	244
6.2.	Indemnización por el establecimiento de la servidumbre de paso.....	247
6.2.1.	Indemnización por el establecimiento de la servidumbre forzosa de paso a favor del fundo enclavado.....	249
6.2.2.	Indemnización por el establecimiento de la servidumbre de paso temporal del artículo 569 CC.....	258
6.3.	Naturaleza de la indemnización por el establecimiento de las servidumbres estudiadas.....	262
7.	Las indemnizaciones previstas en los supuestos de unión de	

bienes o accesión de buena fe.....	264
7.1. Accesión de mueble a inmueble.....	265
7.1.1. Accesión de mueble a inmueble en suelo propio con materiales ajenos por parte del propietario de buena fe.....	266
7.1.2. Accesión de mueble a inmueble con materiales propios en suelo ajeno efectuada por el constructor de buena fe.....	269
7.2. Accesión de mueble a mueble.....	273
7.2.1. La unión o accesión mobiliaria propiamente dicha.....	274
7.2.2. La especificación.....	278
7.3. Naturaleza de las indemnizaciones concedidas en caso de accesión operada de buena fe.....	281
8. La indemnización originada por los daños causados en estado de necesidad.....	282
8.1. Naturaleza de la obligación indemnizatoria originada por los daños causados en estado de necesidad.....	284
8.1.1. La equidad.....	285
8.1.2. El enriquecimiento sin causa.....	286
8.1.3. La gestión de negocios ajenos.....	288
8.1.4. El daño no antijurídico que genera la obligación de indemnizar.....	289
8.2. Extensión de la obligación reparatoria del artículo 118.1 CP...	291
SEGUNDA PARTE. DE LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	293
I. INTRODUCCIÓN.....	293
II. LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	295
1. La responsabilidad civil y el concepto “indemnización”.....	295
2. Los daños lícitos reparables en el sistema de la responsabilidad civil. El caso italiano.....	298
3. El caso español: no pertenencia al sistema de la responsabilidad civil.....	300
4. La inaplicabilidad del principio de reparación integral del daño.....	310
4.1. Casos en que el legislador ha limitado expresamente el daño reparable.....	311
4.2. Casos en que la doctrina ha limitado expresamente el daño reparable.....	315
4.3. Casos en que la ley se ha limitado a ordenar la “indemnización” del daño “causado”.....	319
4.4. Como corolario, sólo se reparan determinadas consecuencias del evento dañoso.....	325

III. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN “INDEMNIZATORIA”.....	326
1. El presupuesto fáctico que genera la obligación “indemnizatoria”...	326
2. Las indemnizaciones por sacrificio.....	329
3. Fundamento de la “indemnización” de los daños lícitos reparables.	334
IV. FUENTE DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DE LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES.....	345
1. Algunas notas sobre las fuentes de las obligaciones.....	345
2. La fuente de la obligación indemnizatoria de los daños lícitos reparables.....	347
3. La posibilidad de aplicar por analogía la consecuencia indemnizatoria de los daños lícitos reparables.....	360
V. PALABRAS FINALES.....	372
CONCLUSIONES	375
BIBLIOGRAFÍA	387

ABREVIATURAS

AA	: Actualidad Administrativa
AC	: Actualidad Civil
AFDUDC	: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
AJA	: Actualidad Jurídica Aranzadi
AL	: Actualidad Laboral
ADC	: Anuario de Derecho Civil
AP	: Audiencia Provincial
Ar. Civ.	: Aranzadi Civil
Ar. Civ. Merc.	: Aranzadi Civil – Mercantil
ATC	: Auto del Tribunal Constitucional
CC	: Código Civil español
CE	: Constitución española
CCJC	: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CP	: Código Penal español
D	: Decreto
DA	: Revista Documentación Administrativa
DJ	: Revista Documentación Jurídica
DLL	: Diario La Ley
Jus	: Jus – Rivista di Scienze Giuridiche
LA	: Ley de Aguas
LAP	: Ley de Autonomía del Paciente
LAU	: Ley de Arrendamientos Urbanos
LCD	: Ley de Competencia Desleal
LDC	: Ley de Defensa de la Competencia
LECr	: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEF	: Ley Expropiación Forzosa
LGP	: Ley General de Publicidad
LOTC	: Ley Orgánica 2/1979, de 03 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPI	: Ley de Propiedad Intelectual (texto refundido Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril)
LRJAE	: Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957
LRJ-PAC	: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
OIT	: Organización Internacional del Trabajo
PETL	: Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil
RAP	: Revista de Administración Pública
RCDI	: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCDP	: Rivista Critica del Diritto Privato
RDC	: Rivista del Diritto Commerciale
RDCE	: Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDN	: Revista de Derecho Notarial
REDA	: Revista española de Derecho Administrativo
REDPEC	: Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado
RDL	: Real Decreto Ley
RDLRT	: Real Decreto Ley 17/1977, sobre relaciones de trabajo

RdP	: Revista de Derecho Patrimonial
RDP	: Revista de Derecho Privado
RDPH	: Reglamento Dominio Público Hidráulico
REDC	: Revista Española de Derecho Constitucional
REDT	: Revista Española de Derecho del Trabajo
RGD	: Revista General de Derecho
RGLJ	: Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJA	: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJD	: Revista Jurídica del Deporte
RJN	: Revista Jurídica del Notariado
RL	: Relaciones Laborales
Riv. Dir. Civ.	: Rivista di Diritto Civile
RPDD	: Revista Práctica de Derecho de Daños
RPRP	: Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial
RRCS	: Revista Responsabilidad Civil y Seguro
RTDC	: Revue Trimestrielle de Droit Civil
Riv. Trim. Dir. Pub.	: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
SAP	: Sentencia Audiencia Provincial
SSAP	: Sentencias Audiencia Provincial
SSTS	: Sentencias del Tribunal Supremo
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	: Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	: Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	: Tribunal Constitucional
TJCE	: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
Tratado CE	: Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TRLA	: Texto Refundido Ley de Aguas
TS	: Tribunal Supremo
VVAA	: Varios autores

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el estudio del daño –y su reparación– ha sido analizado como supuesto de hecho de las normas de responsabilidad contractual y extracontractual. Pero el fenómeno dañoso no se agota en el ilícito contractual o extracontractual. Existen múltiples daños que no pertenecen a la órbita de la responsabilidad civil y que, incluso, imponen la obligación de ser soportados o tolerados.

En efecto, en un ordenamiento jurídico que pertenece a un sistema económico-social fundado en la competencia y que permite e incentiva la realización de actividades que se demuestran estadísticamente productoras de importantes daños a los demás, existen numerosos perjuicios que no admiten indemnización alguna, como los daños causados en el leal ejercicio de la competencia mercantil. Ello acontece porque en la constante tensión existente entre la protección de ciertos bienes jurídicos y la libertad de actuación que se reconoce a los sujetos, el ordenamiento ha privilegiado esta última cuando no ha traspasado el umbral que permita calificar a los daños causados como antijurídicos y, por ende, reprochables a título de responsabilidad delictual.

Asimismo, existen otros tipos de daños no reparables en que la causación de éstos es connatural al ejercicio del derecho, como lo son los perjuicios causados en el legítimo ejercicio del derecho de huelga. En este preciso caso se ha afirmado que la producción de daños pertenece a la esencia misma de la huelga, a tal punto que se ha sostenido que ella implica el derecho de causar un daño al empresario, el cual debe soportarlo en la medida que se ejercite dentro de los límites que circunscriben este derecho. En el Derecho francés se habla de un verdadero “*droit a nuire*” debido a que la posibilidad de ese daño se encuentra contenida en la actividad cuyo ejercicio se considera útil a la comunidad.

Una situación similar se genera en aquellos casos en que determinadas exigencias de la vida diaria nos obligan a tolerar ciertos daños. Es lo que ocurre

típicamente en las relaciones de vecindad, en que el mero contacto que inevitablemente trae aparejado la vida en relación, genera una serie de disgustos que el Derecho sólo debe reprimir cuando su nivel de intolerancia requiera aplicar el principio *alterum non laedere*. La condición de vecino exige soportar continuas molestias e incomodidades, siempre y cuando ellas no se eleven por sobre los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria.

Es más, existen otras clases de daños, incluso deliberadamente queridos por su autor, que no admiten reparación: son aquellos causados con el consentimiento de la víctima. Conforme al principio *volenti non fit injuria*, quien consintió en sufrir los perjuicios que se le han causado, excluye, por tal razón, la obligación indemnizatoria de quién los originó.

Pero, además, existen otro tipo de daños que normalmente no llaman la atención frecuente del jurista. Son ciertos daños que emanan de acciones o conductas conformes a Derecho, caracterizados por la ausencia de transgresión a un deber jurídico. Se tratan de daños justos o lícitos que traen aparejada una "indemnización". La indemnización de ellos no es una consecuencia necesaria de su producción, ya que, por regla general, no se reparan los daños si concurre una causal de justificación o se ejercita un derecho, ya que el que usa su derecho no lesiona. Ahora bien, cuando dan derecho a una indemnización, no lo son a título de responsabilidad civil sino que lo son por razones de justicia material o de equidad. Pues bien, esta tipología de daños es la que constituye el objeto principal de nuestra tesis, los que no han recibido un tratamiento sistemático por parte de la doctrina española.

Para tal fin, luego de diferenciar las hipótesis de daños contractuales y extracontractuales de los daños lícitos, procederemos a su conceptualización y clasificación en el ámbito del Derecho privado, distinguiendo aquellos que admiten una reparación o compensación económica de aquellos que no la admiten. Respecto de estos últimos, efectuaremos un análisis de sus casos más típicos, a efectos de conocer sus características más relevantes.

Luego de aquello nos adentraremos al estudio de los daños lícitos reparables, situando el origen de la obligación reparatoria de esta clase de daños en la indemnización de Derecho público, en donde la casuística de los daños indemnizables originados en actuaciones plenamente ajustadas a Derecho se ha estudiado con mayor profundidad. Al efecto, destacamos la evolución y expansión de la indemnización expropiatoria, que es el supuesto más característico de daño lícito reparable en el ámbito del Derecho público, institución alrededor de la cual se ha ido perfilando la conceptualización de la indemnización por conductas conformes al ordenamiento jurídico.

Con el objetivo de poder determinar las características más relevantes del daño lícito en el sistema del Derecho privado español, se han seleccionado previamente los casos más demostrativos de este fenómeno, procediendo a su análisis exhaustivo. Y, con tal examen, revelaremos las notas distintivas de la reparación de estos daños, tomando posición sobre su naturaleza jurídica, su pertenencia o no a la órbita de la responsabilidad civil y la fuente de la obligación indemnizatoria que de ellos surge, así como de su fundamento y de su posible aplicación analógica a otros supuestos similares en que no se contempla reparación alguna.

Esperamos que la promesa realizada en esta introducción se cumpla y sirva para aportar, aunque mínimamente, alguna nota adicional al estudio del daño jurídicamente relevante.

CAPÍTULO I
DE LOS DAÑOS LÍCITOS NO REPARABLES Y DEL ORIGEN
DEL DAÑO LÍCITO REPARABLE

PRIMERA PARTE. EL DAÑO COMO FACTOR CONSTITUTIVO Y DETERMINANTE DE LA OBLIGACIÓN REPARATORIA

I. EL DAÑO JURÍDICAMENTE RELEVANTE

El daño, en un sentido prejurídico, ha sido definido como “toda modificación perjudicial en la esfera patrimonial o personal de un sujeto de derecho”¹. Este concepto, que describe el hecho físico en qué consiste, no es suficiente para que el Derecho reaccione ante él.

En efecto, no todo daño interesa al ordenamiento jurídico, sino sólo aquél que es causa de efectos jurídicos. Es decir, en cuanto constituya un hecho jurídico² o, más específicamente, sea el fundamento determinante de penas e indemnizaciones³.

El Derecho sólo considera jurídicamente relevante al menoscabo que es tenido en cuenta por la norma jurídica, mediante la asignación de ciertas consecuencias por su acaecimiento⁴. Ello, porque éste no reacciona ante cualquier daño producido⁵, sino sólo respecto de aquellos que previamente ha seleccionado⁶.

¹ PANTALEÓN PRIETO, F., voz “Daño (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo II, Civitas, Madrid, 1995, p. 1896.

² DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975, p. 82.

³ FISCHER, H., *Los daños civiles y su reparación*, traducción del alemán con concordancias y un apéndice sobre el Derecho español por W. ROCES, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p. 1.

⁴ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 42.

⁵ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 83, quien textualmente dice: “...lo que no ofrece duda, es que en ningún tiempo y en ningún país, el Derecho ha sentido la necesidad de reaccionar ante cualquier daño...”.

⁶ BUSTO LAGO, J.M., *op. cit.*, p. 45.

Para que el daño en sentido jurídico pueda ser reparado, es menester que los efectos del hecho dañoso recaigan en una esfera jurídica diversa a la del autor de la conducta⁷. Asimismo, debe lesionar un interés humano⁸, ser real y cierto⁹, además de existir un nexo causal entre el hecho lesivo y el daño¹⁰.

En forma más precisa y avanzando hacia su conceptualización más aceptada, podemos decir que el daño “es la diferencia entre el importe del patrimonio de una persona, como es en un determinado momento, con el importe que tendría este patrimonio en el momento en cuestión sin la intromisión de un determinado acontecimiento dañoso”¹¹.

Ahora bien, no todos los daños jurídicos dan lugar a su reparación, aunque lo normal es que sí lo sean. Existen hipótesis que no generan tal reacción por parte del ordenamiento¹², como, por ejemplo, los daños causados en el ejercicio de la competencia mercantil o en la práctica de un deporte, siempre que se ocasionen con lealtad¹³. Se tratan de daños justos no resarcibles¹⁴.

⁷ BRIGUGLIO, M., *El estado de necesidad en el Derecho Civil*, traducción y notas de Derecho español por MANUEL GARCÍA AMIGO, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p.159. En el mismo sentido, entre otros, DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 84; FISCHER, H., *op. cit.*, p. 1. Lo anterior ya era puesto de manifiesto en el Derecho Romano: “no se considera que sufra un daño quien lo sufre por su propia culpa (D. 50, 17, 203)”, en D’ORS, A. *et al*, *El Digesto de Justiniano*, tomo III, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975, p. 882, correspondiente a la traducción del siguiente texto: *quod qui ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*.

⁸ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 107 y ss.

⁹ Entre otros, ROCES, W., “Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho español”, apéndice a la traducción española de la obra de FISCHER, H., *Los daños civiles y su reparación*, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p. 287; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2006, p. 51.

¹⁰ Entre otros, PANTALEÓN PRIETO, F., voz “Indemnización (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo II, Civitas, Madrid, 1995, p. 3517; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, U. Deusto – Civitas, Madrid, 1993, p. 751.

¹¹ LLAMAS POMBO, E., “Formas de reparación del daño (I)”, en *RPDD*, N°80 (2010), La Ley 183/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 01 junio 2012), p. 2, ilustrando el concepto diferencial del daño de FRIEDRICH MOMMSEN.

¹² BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, pp. 159 y 160.

¹³ CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987, p. 147.

¹⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., voz “Responsabilidad extracontractual (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5947.

II. EL DAÑO CONTRACTUAL

Tradicionalmente, el estudio del daño –y su reparación– ha sido analizado como supuesto de hecho de las normas de responsabilidad contractual y extracontractual¹⁵. Tratándose de la responsabilidad contractual, con base en el artículo 1101 CC, se ha señalado que “quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones contravinieren el tenor de las mismas”¹⁶. El origen de este resarcimiento lo encontramos en el incumplimiento de una obligación previa pactada entre las partes, normalmente por medio de un contrato¹⁷, ya que este estatuto es también aplicable al incumplimiento de las obligaciones emanadas de una “relación precedente análoga” a éste¹⁸.

La responsabilidad contractual se caracteriza por la circunstancia de que el incumplimiento ha causado un daño al acreedor y éste es subjetivamente

¹⁵ Utilizamos las denominaciones comunes usadas por la doctrina para referirse a estos institutos. Sobre los reparos a estos términos, *vid.* DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *op. cit.*, p. 14, nota 1; DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 133 y 134; CAVANILLAS MÚGICA, S. Y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1992, p. 9; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 80 y 81.

¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 123.

¹⁷ VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones*, traducción del alemán y concordado por W. ROCES, edición al cuidado de JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 46.

¹⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pp. 86 y 87. Sobre el particular, STS de 26 de enero de 1984 (RJ 1984/386), señala que “... que la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase, como la comunidad de bienes o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, siendo de tener en cuenta que, como ha observado la sentencia de esta Sala de 3 octubre 1968, aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del art. 1902 del C. Civ., pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual: existiendo obligación derivada de contrato o de relación precedente análoga no hay que acudir a los arts. 1902 y 1903, que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto contravenido...” Corroborra este criterio la sentencia de 09 de julio de 1984 del mismo Tribunal (RJ 1984/3802): “... cuando los contendientes estén ligados por un vínculo contractual, sea éste expreso o sea tácito o incluso presunto, o por otra relación basada, por ejemplo, en supuestos jurídicos reales como la comunidad de bienes, entra entonces en juego el art. 1101 y el 1106 y demás concordantes, alegados en el escrito inicial de esta litis, y no se aplicarán, por tanto, los preceptos que disciplinan la responsabilidad extracontractual (art. 1902 y siguientes), pues ambas responsabilidades, por las diferencias de regulación legal sobre todo en materia de prescripción, no pueden coexistir y ser exigidas a la vez...”. En este sentido, se ha señalado que las normas de la responsabilidad contractual se aplican a cualquiera relación preexistente que conceda un medio de Derecho específico para su resarcimiento (PASCUAL ESTEVILL, L., “La responsabilidad contractual y la extracontractual, aquiliana o delictual”, en *DLL*, 1991, tomo 4, La Ley 21670/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 28 octubre 2009), p. 9).

imputable al deudor. Este hecho es lo que lo diferencia de los demás remedios de que dispone el acreedor frente a la falta de cumplimiento de su deudor¹⁹.

Así las cosas, el daño contractual, para ser reparado, requiere tener su causa en el incumplimiento, cumplimiento tardío o mal cumplimiento de una obligación previa y, además, ser imputable al deudor por culpa, dolo u otro criterio o factor de atribución²⁰.

III. EL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL

El estatuto de la responsabilidad extracontractual se aplica a los casos en que “una persona causa un daño ilícito a otra, con la que no está ligada por una relación jurídica previa”²¹. Su norma fundamental es el artículo 1902 CC, por el cual “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Recordemos que este régimen de responsabilidad no sólo tiene lugar cuando el criterio de imputación es la culpa o negligencia, sino que también en los casos de responsabilidad objetiva, en que el factor de atribución es el riesgo creado, entre otros.

Las disposiciones de esta clase de responsabilidad tienen por objeto determinar los supuestos en que el daño debe ser soportado por el que lo ha sufrido, o bien, por otra persona, que estará sujeta a la obligación de indemnizarlo²². Se ha afirmado que los principios de este instituto componen el derecho común de la responsabilidad, ya que su objeto está determinado como algo contrapuesto al de la responsabilidad contractual²³.

Requisito *sine quanon* para obtener la respectiva reparación es que el daño sea injusto²⁴, entendiendo por tal aquel que la víctima no tiene el deber de

¹⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., voz “Responsabilidad contractual (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5992, y; “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *ADC* 1993, pp.1727 y ss.

²⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 123.

²¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

²² PANTALEÓN PRIETO, F., *Responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, p. 5942.

²³ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 85.

²⁴ Hemos omitido deliberadamente referirnos a la “antijuridicidad” del daño, en atención a que existen posiciones claramente divergentes en cuanto a considerarla presupuesto de la

soportar²⁵: “... los daños justamente causados no se indemnizan. Aunque la acción sea punible, no se indemniza si concurre una causa de justificación”²⁶. Desde el prisma del principio *pro damnato* o *favor victimae* se puede enunciar el deber de reparación del daño extracontractual de la siguiente forma: “por regla general, todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”²⁷.

Debemos destacar que la expresión daño injusto tiene expresa consagración legal en el artículo 2043 del Código Civil italiano. La originalidad de esta disposición es la utilización del adjetivo “injusto” para caracterizar al daño resarcible a título de ilícito civil. Se ha atribuido al artículo 2043 el carácter de una norma primaria²⁸, la cual califica, a través de la *ingiustizia*, los agravios o daños que merecen reparación²⁹. De esta forma, la injusticia adquiere una función amplia, ya que el término *ingiusto* no sólo va a entenderse en el sentido

responsabilidad extracontractual, en cuanto a su contenido, a si el juicio de antijuridicidad debe predicarse de la conducta del agente o del daño mismo, etc. A favor de la antijuridicidad como requisito autónomo de la responsabilidad extracontractual, entre otros: BUSTO LAGO, J.M., *op. cit.*; PENA LÓPEZ, J.M., “Prólogo” de la obra de BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*; PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 259 y ss.; BUSTOS PUECHE, J., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual”, en *DLL*, 22 de septiembre de 2004; SANTOS BRIZ, J., *Derecho de Daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 24. En contra, entre otros: PANTALEÓN PRIETO, F., “Artículo 1902”, en *Comentario del Código Civil*, artículo 1902, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1993 y ss.; VICENTE DOMINGO, E., “El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal”, en *RDP*, 1990, p. 839; REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de responsabilidad civil* (coordinador L. FERNANDO REGLERO CAMPOS), segunda edición, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 66 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pp. 110 y ss.; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños, textos y materiales*, quinta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 90. Sobre el particular, es importante tener presente que los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” omitieron toda referencia a la antijuridicidad, ya que en el ámbito comparado genera más problemas que soluciones (Martín Casals, M., “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil”, en *InDret*, 2/2005, disponible en www.indret.com (visita 12 febrero 2008), p. 8

²⁵ REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinador L. FERNANDO REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 34 y 35. En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 113.

²⁶ DíEZ-PICAZO, L., “La responsabilidad civil hoy”, en *ADC*, 1979, p. 735.

²⁷ DíEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 734. Le siguen LLAMAS POMBO, E., “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 301; y MACÍAS CASTILLO, A., *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, 2004, p. 272.

²⁸ SCHLESINGER, P., “La ingiustizia del danno nell’illecito civile”, en *Jus*, 1960, p. 342.

²⁹ CASIELLO, J.J., “Atipicidad del ilícito civil”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (directores ALBERTO BUERES Y AÍDA KEMELMAJER), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 162 y 163.

de antijurídico (*contra ius*), sino también en el sentido de daño no justificado (*non iure*)³⁰.

IV. EL DAÑO JUSTO O LÍCITO. EN PARTICULAR, EL DAÑO NO REPARABLE

1.- El daño no antijurídico

El fenómeno dañoso no se agota en el ilícito contractual o extracontractual. Existen múltiples daños que no pertenecen a la órbita de la responsabilidad civil y que, incluso, imponen la obligación de soportarlos o de tolerarlos.

En efecto, en un ordenamiento jurídico que pertenece a un sistema económico-social fundado en la competencia y que permite e incentiva la realización de actividades que se demuestran estadísticamente productoras de importantes daños a los demás³¹, existen numerosos perjuicios que no admiten indemnización alguna, como los daños causados en el leal ejercicio de la competencia mercantil. Se tratan de daños no reparables, ya que se enmarcan dentro del radio legítimo de acción del correspondiente ejercicio del derecho, al encontrarse legitimada la conducta generadora de los mismos por el poder otorgado por el respectivo derecho subjetivo³².

Ello acontece porque en la constante tensión existente entre la protección de ciertos bienes jurídicos y la libertad de actuación que se reconoce a los sujetos, el ordenamiento ha privilegiado esta última cuando no ha traspasado el umbral que permita calificar a los daños causados como antijurídicos y, por ende, reprochables a título de responsabilidad delictual³³. Una idea similar se ha constatado en el derecho italiano al tratar de determinar el alcance del *danno ingiusto* al que hace alusión el artículo 2043 del *Codice*, sosteniendo que no es deseable correr el riesgo de paralizar toda actividad ante la amenaza de

³⁰ BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI Y NATOLI, *Diritto Civile*, 3, *Obbligazioni e Contratti*, Utet, Torino, 1995 (ristampa), p. 708; VICENTE DOMINGO, E., *op cit.*, p. 824.

³¹ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, p. 1995.

³² MOSSET ITURRASPE, J., "Las causas de justificación", en *Responsabilidad civil* (director JORGE MOSSET ITURRASPE), segunda reimpression, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 76.

³³ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 43.

resarcir cualquier daño, proponiéndose una interpretación que concilie los intereses de los dañantes y de los dañados. Así, para lograr tal equilibrio, se sostiene que daño injusto significa daño no justificado –*non iure*–, en el sentido de que el hecho lesivo no está autorizado por la norma, por lo que el resarcimiento del daño no se valora en función de la existencia o no de una protección al interés lesionado, sino en función de la existencia o no de una protección del ordenamiento al interés del dañante a desarrollar una actividad, aún a costa del sacrificio de otro³⁴.

Asimismo, existen otros tipos de daños no reparables en que la causación de éstos es connatural al ejercicio del derecho, como lo son los perjuicios causados en el legítimo ejercicio del derecho de huelga³⁵. En este preciso caso se ha afirmado que la producción de daños pertenece a la esencia misma de la huelga³⁶, a tal punto que se ha sostenido que ella implica el derecho de causar un daño al empresario³⁷, el cual debe soportarlo en la medida que se ejercite dentro de los límites que circunscriben este derecho³⁸. En el Derecho francés se habla de un verdadero “*droit a nuire*” debido a que la posibilidad de ese daño se encuentra contenida en la actividad cuyo ejercicio se considera útil a la comunidad³⁹.

³⁴ SCHLESINGER, P., *op. cit.*, pp. 342 y 343; DE LORENZO, M., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 76 y ss. En sentido similar se pronuncia VISINTINI, al sostener que la exigencia de un equilibrio equitativo de los intereses en juego debe guiar al intérprete cuando, poniéndose desde la perspectiva del dañador, deba establecer el límite de su derecho o a lo que se extiende su actividad lícita, cuando el daño causado no pueda considerarse resarcible en base a otros principios de la responsabilidad civil (VISINTINI, G., “Il danno ingiusto”, en *RCDP*, año V, N°1 (1987), pp. 183 y 184.

³⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, p. 1995.

³⁶ GOÑI SEIN, J.L., “La responsabilidad civil del sindicato por huelga”, en *REDT*, N°43 (1990), p. 420; BAYLOS GRAU, A. Y VALDÉS DE LA VEGA, B., “El abuso en el ejercicio del derecho de huelga y la responsabilidad del Comité de Empresa por los daños ocasionados (Comentario a la sentencia N°203/1996, de 26 de abril, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid. Magistrado Ponente: E. Palomo Balda)”, en *AL*, N°5 (1997), pp. 79 y 80; FERRANDO GARCÍA, F., *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 26.

³⁷ TÁRRAGA POVEDA, J., “Una huelga sin daños (indemnizables)”, en *Aranzadi Social* (2001), BIB 2001/421, disponible en www.westlaw.es (visita 10 noviembre 2009), p. 2.

³⁸ GOÑI SEIN, J.L., “Límites al resarcimiento de daños causados por la huelga”, en *DLL* 1991, La Ley 18003/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 02 noviembre 2009), p. 9; CEINOS SUÁREZ, A., “Los efectos de la huelga: criterios jurisprudenciales”, en *AL* (2000), La Ley 3075/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 02 noviembre 2009), p. 12.

³⁹ KARILA DE VAN, J., “Le droit de nuire”, en *RTDC*, 1995, p. 538.

Se añade que no basta que el demandante alegue y pruebe que ha sido agredido o lesionado en sus derechos, sino que es preciso que su adversario no pueda oponer un derecho más fuerte positivo o negativo, pues, a veces, se tiene derecho de lesionar a otro por una iniciativa o por una abstención⁴⁰.

Estos especiales ejercicios de derechos no amparan la producción de toda clase de daños, sino sólo aquellos consustanciales a tal ejercicio, ya que los daños infligidos por sobre el normalmente aceptable en tal condición dan derecho a su indemnización en esa parte⁴¹. Por lo anterior, se distingue entre el daño admisible y el daño indemnizable, constituyendo el primero aquel perjuicio “típico” que se deriva de la puesta en marcha del respectivo derecho, sin que se llegue a causar un daño adicional injusto⁴².

Una situación similar se genera en aquellos casos en que determinadas exigencias de la vida diaria nos obligan a tolerar ciertos daños. Es lo que ocurre típicamente en las relaciones de vecindad, en que el mero contacto que inevitablemente trae aparejado la vida en relación, genera una serie de disgustos que el Derecho sólo debe reprimir cuando su nivel de intolerancia requiera aplicar el principio *alterum non laedere*⁴³. La condición de vecino exige soportar continuas molestias e incomodidades, siempre y cuando ellas no se eleven por sobre los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria⁴⁴.

Es más, existen otras clases de daños, incluso deliberadamente queridos por su autor, que no admiten reparación: son aquellos causados con el consentimiento de la víctima. Conforme al principio *volenti non fit injuria*, quien consintió en sufrir los perjuicios que se le han causado, se excluye, por tal razón, la obligación indemnizatoria de quién los originó⁴⁵.

⁴⁰ Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, p. 294.

⁴¹ Cfr., QUINTANILLA NAVARRO, R., “El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica”, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº73 (2008), p. 344; TÁRRAGA POVEDA, J., *op. cit.*, p. 3.

⁴² Cfr., BAYLOS GRAU, A. Y VALDÉS DE LA VEGA, B., *op. cit.*, p. 80.

⁴³ ALONSO PÉREZ, M., “Las relaciones de vecindad”, en *ADC* 1983, p. 358.

⁴⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L., ET AL, *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales. I. Posesión y propiedad*, segunda edición revisada y puesta al día por AGUSTÍN LUNA SERRANO, Dykinson, Madrid, 2003, p. 272.

⁴⁵ Entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, p. 284; Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, pp. 304 y 305; SANTOS BRIZ, J., *Derecho...*, pp. 83 y 84; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño*

Pero, además, existen otro tipo de daños que normalmente no llaman la atención frecuente del jurista⁴⁶. Son ciertos daños que emanan de acciones o conductas conformes a Derecho, caracterizados por la ausencia de transgresión a un deber jurídico⁴⁷. Se tratan de daños justos⁴⁸ o lícitos⁴⁹ que traen aparejada una “indemnización”. La indemnización de ellos no es una consecuencia necesaria de su producción, ya que, por regla general, no se reparan los daños si concurre una causal de justificación o se ejercita un derecho, ya que el que usa su derecho no lesiona⁵⁰. Ahora bien, cuando dan derecho a una indemnización, no lo son a título de responsabilidad civil⁵¹ sino que, se afirma, lo son por razones de justicia material o de equidad⁵². Pues bien, esta tipología de daños son las que serán objeto de un estudio más detenido en el segundo capítulo de esta obra, pues constituyen el objeto de nuestra investigación.

En todos los casos mencionados anteriormente, el daño no puede calificarse de ilícito, no sólo porque la conducta generadora del mismo es lícita, sino,

resarcible..., pp. 292 y ss.; LEHMANN, H., *Parte general. I*, traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español de JOSÉ M. NAVAS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 493.

⁴⁶ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 92 y 93.

⁴⁷ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 174.

⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., voz “*Responsabilidad extracontractual...*”, p. 5947; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, p. 166.

⁴⁹ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

⁵⁰ DíEZ-PICAZO, L., *La responsabilidad...*, pág. 735.

⁵¹ TUCCI, G., “La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile”, en *Riv. Dir. Civ.*, 1967, parte prima, pp. 231 y ss.; DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 93 y ss.; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, pp. 166 y 192; GHERSI, C., “Responsabilidad por actos lícitos”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (directores ALBERTO BUERES Y AÍDA KEMELMAJER), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 478. LARENZ afirmaba lo siguiente: “el fundamento de este deber de indemnizar no radica en estos casos ni en la responsabilidad por un acto antijurídico propio o ajeno, ya que el ataque es conforme a derecho por estar permitido, ni en la imputación de un determinado riesgo de cosa o empresa, sino en la exigencia de justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque en forma autorizada, ha de indemnizar al perjudicado que hubo de soportar la perturbación de su derecho” (LARENZ, K., *op. cit.*, p. 690). Que la indemnización concedida no lo sea a título de responsabilidad civil permite distinguir a esta clase de actos de los supuestos de responsabilidad objetiva, en que el resarcimiento concedido si lo es a ese respecto.

⁵² BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, pág. 166. LARENZ sostiene que la indemnización que se concede lo es por razones de justicia conmutativa (LARENZ, K., *op. cit.*, p. 690). En contra, BRIGUGLIO sostiene que lo es por razones de justicia distributiva, ya que su única finalidad es restablecer el equilibrio económico entre los patrimonios afectados: repartir las consecuencias no injustas de una situación no querida (BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 173).

esencialmente, porque la posibilidad de la producción del daño está contenida dentro del ejercicio del comportamiento autorizado por el ordenamiento y que éste considera útil a la comunidad. Por ello, no podemos confundir las expresiones “actividad lícita” y “daño lícito”, ya que sería erróneo de imaginar que al momento en que la ley autoriza una actividad determinada ella lleva consigo la legítima posibilidad de causar cualquier clase de daños sin límite alguno. Más aún, dicho equivocado entendimiento implicaría desconocer que el ejercicio de los derechos está sujeto a ciertos límites, puesto que el poder de dañar permitido por la ley sólo existe en el marco de actividades para las cuales el reconocimiento de este derecho de perjudicar es necesario para su ejercicio⁵³.

Incluso, en ciertos casos, el daño no es una consecuencia de la actividad, sino que constituye la actividad misma: la crítica literaria como el derecho de huelga pueden causar graves perjuicios, pero estas pérdidas son el objetivo necesario y autorizado por la ley.

Así las cosas, el daño lícito se caracteriza por ser un daño permitido y tolerado por el ordenamiento. El sistema normativo, sea expresa, sea tácitamente, al autorizar el ejercicio de determinados derechos o facultades, acepta como posible la causación de un daño, atendidas diversas razones de política legislativa. Normalmente se identifica con la existencia de una norma autorizante o permisiva que permiten la realización de un comportamiento dañoso, de tal modo que el daño realizado se cualifica como no antijurídico o simplemente justo⁵⁴. Esta norma autorizante va desde la más genérica que pone como límite al ejercicio de los derechos el no causar daño a los demás hasta aquellas previsiones expresas de la ley que autorizan a causar un daño legítimamente (*v. gr.*, estado de necesidad o legítima defensa).

De esta manera, hemos dado una breve noticia de los denominados daños no antijurídicos⁵⁵, concepto que sirve para diferenciarlo de los daños antijurídicos y

⁵³ KARILA DE VAN, J., *op. cit.*, pp. 537 y 538.

⁵⁴ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 160.

⁵⁵ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 92 y ss.

que nos permite ubicarlo dogmáticamente como una categoría distinta de estos últimos. Y, así, con DÍEZ-PICAZO, podemos sostener que aquellos están constituidos por ciertos daños que el ordenamiento jurídico no repele, que algunas veces tolera y que incluso puede favorecer⁵⁶.

No todos los daños antijurídicos generan las mismas consecuencias. Así, los daños causados al amparo del legítimo ejercicio de un derecho o las molestias originadas en una típica relación de vecindad, no admiten reparación alguna. Otros, por expreso mandato legal, si la admiten, lo que ocurre genéricamente cuando el Derecho considera a cierto interés digno de prevalecer sobre otro, pero preocupándose de establecer una compensación al titular del interés sacrificado⁵⁷, como ocurre con los daños ocasionados en estado de necesidad.

Por ende, dado que no todos los daños de esta clase dar derecho a una reparación pecuniaria, se hace indispensable proceder a su análisis separado: los que no dan derecho a indemnización, que trataremos bajo el título de “daños no reparables”, y los que si la originan, que desarrollaremos bajo la denominación de “daños lícitos reparables”. Acudimos al término “reparación” y no “indemnización” dado el carácter genérico del primero⁵⁸ y, además, porque tal concepto evidencia el contenido de la prestación a que tiene derecho el perjudicado en el segundo de los supuestos: una “compensación” para restablecer el equilibrio roto por el daño⁵⁹.

Esta discriminación es necesaria para los efectos del presente estudio, pues el objeto de nuestra tesis son aquellos nominados como “daños lícitos reparables”. Luego, la determinación de los límites de éstos debe comenzar por distinguirlos de los supuestos de los daños justos que no dan derecho a reparación, que pasamos a analizar a continuación.

⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, p. 294.

⁵⁷ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 93.

⁵⁸ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, p. 8.

⁵⁹ *Ídem*.

2.- Los daños no reparables

Ya hemos dicho que existen actos que, no obstante causar daños, se encuentran justificados por el Derecho, lo que implica que su autor no contrae ninguna responsabilidad al ejecutarlos⁶⁰. Estos son los daños no reparables.

Es un hecho notorio que no todo daño producido da lugar a una indemnización. El simple contacto social⁶¹ y las incomodidades ordinarias producidas por las relaciones de vecindad⁶² ciertamente causan molestias a terceros, pero no por ello llevan aparejada una reparación.

De otro punto de vista, existen daños de suyo ilícitos pero que pierden su ilicitud por razones especiales⁶³, como aquellos amparados por una causa de justificación⁶⁴ y que, por regla general, no dan lugar a su resarcimiento. Estos daños deben ser asumidos por el que los sufrió, ya que no existe una causa que autorice a transferirlos desde el patrimonio de la víctima al de su autor⁶⁵.

Ejemplos de ellos encontramos en aquellos causados en el ejercicio legítimo de un derecho, en el ejercicio de la libertad de información o de la legítima defensa, los causados con el consentimiento de la víctima y los daños tolerables originados en las relaciones de vecindad, los que pasamos a exponer a continuación.

⁶⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *op. cit.*, p. 263.

⁶¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *op. cit.*, p. 258 y "Artículo 1902", en *Comentario del Código Civil* (coordinador IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2000, p. 367.

⁶² ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 394, nota 78; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al, *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales. I. Posesión y propiedad*, segunda edición revisada y puesta al día por AGUSTÍN LUNA SERRANO, Dykinson, Madrid, 2003, p. 272.

⁶³ VON THUR, A., *op. cit.*, p. 216.

⁶⁴ La denominación "causas de justificación" es utilizada, entre otros, por DE ÁNGEL YAGÜEZ (*op. cit.*, pp. 263 y ss.), DíEZ-PICAZO (*Derecho...*, pp. 298 y ss.), YZQUIERDO TOLSADA (*op. cit.*, pp. 113 y ss.). Quienes consideran a la antijuridicidad un presupuesto de la responsabilidad extracontractual, hablan de "causas de exclusión de la antijuridicidad", entre otros, SANTOS BRIZ (*op. cit.*, pp. 77 y ss.); BUSTO LAGO (*op. cit.*, pp. 246 y ss.).

⁶⁵ SALVADOR CODERCH, P. Y GÓMEZ LIGÜERRE, C., "El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes", en *Indret*, 1/2005, disponible en www.indret.com (visita 12 febrero 2008), pp. 20 y 21, con expresa referencia a la máxima *casum sentit dominus*. Este último principio inspira a los PETL: *vid.* MARTIN CASALS, M., *op. cit.*, p. 8; EUROPEAN GROUP EN TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*, traducción a cargo de la REDPEC y coordinada por MIQUEL MARTIN CASALS, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 49.

2.1.- Daños causados en el ejercicio legítimo de un derecho

El ejercicio de un derecho es la realización efectiva de las posibilidades de actuación que el derecho subjetivo confiere a su titular⁶⁶. Si en la puesta en práctica de las mismas se causa un daño a la esfera jurídica de un tercero, no responde de los perjuicios ocasionados a éste: *qui suo iure utitur neminem laedit*⁶⁷. Es decir, esta atribución jurídica excluye la ilicitud de un acto abstractamente injusto⁶⁸.

No obstante tener consagración legal en el artículo 20 N°7 CP (junto con el ejercicio legítimo de un oficio y cargo y el cumplimiento de un deber), ha sido reconocida como causal de exclusión de responsabilidad en el ámbito de los ilícitos civiles extracontractuales⁶⁹.

La autoridad para afectar intereses ajenos por parte de los titulares de derechos subjetivos no es ilimitada, ya que el ejercicio de los mismos reconoce límites intrínsecos y extrínsecos. Los límites intrínsecos imponen como restricción la de ceñirse al contenido⁷⁰ o ámbito de poder del propio derecho⁷¹ y de ejecutarse según su espíritu o finalidad⁷². Los extrínsecos provienen de las

⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte general. III. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, tercera edición revisada y puesta al día por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 2005, p. 99.

⁶⁷ En este sentido, D.50.17.55 (GAYO): "*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*". También D.50.17.151 (PAULO): "*nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet* (Vid. BIANCA, M., *Diritto Civile. V. La responsabilità*, Giuffrè Editore, Milán, 1994, p. 682)".

⁶⁸ VON THUR, A., *op. cit.*, p. 216; BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp. 134 y 135. En el mismo sentido, se sostiene que, por razones especiales, el Derecho permite la intervención en bienes ajenos –excluyendo la antijuridicidad– en los casos en que se ejercite "una facultad jurídica privada especialmente atribuida para proceder a una determinada intervención (LEHMANN, H., *op. cit.*, p. 492).

⁶⁹ BUSTO LAGO, J.M., "La antijuridicidad", en *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual* (director JOSÉ MARÍA PENA LÓPEZ), Cálamo, Barcelona, 2004, pp. 69 y 70. En este sentido, STS de 21 de marzo de 1996 (RJ 1996/2231), Ponente Alfonso Villagómez Rodil, que señala: "lo expuesto conduce a que no cabe apreciar la concurrencia de injusto civil en el proceder de los recurridos, sino legítimo ejercicio de los derechos que la ley les otorgaba". Esta sentencia desestimó una acción indemnizatoria intentada para obtener la reparación de los perjuicios causados por una paralización de obras, en atención a que en el interdicto en que se decretó tal medida existía prueba suficiente para plantearlo.

⁷⁰ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, pp. 618 y ss.

⁷¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., p. 102.

⁷² DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., pp. 263 y 264; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 279 y 280; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., pp. 102 y 103; VON THUR, A., *op. cit.*, nota 34, p. 217.

limitaciones previstas en específicas prescripciones legales, de las situaciones de cotitularidad⁷³ y de los supuestos de colisión de derechos⁷⁴.

2.1.1.- Límites intrínsecos al ejercicio de los derechos. La buena fe

La buena fe, con consagración expresa en el artículo 7 CC⁷⁵, constituye un límite intrínseco al ejercicio de los derechos. Se dice que “constituye una noción omnicomprendensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia contrastada debidamente por los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohonesta con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se aprueba o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad⁷⁶”.

Aún antes de su inclusión al ordenamiento civil español en virtud de la reforma del Título Preliminar del año 1974, este principio general del Derecho⁷⁷ ya era reconocido como una restricción al libre ejercicio de los derechos, como lo fue en la clásica STS de 14 de febrero de 1944⁷⁸: “los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico, y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasó, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad”.

⁷³ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 279;

⁷⁴ Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 303; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., pp. 103 y 104; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 279.

⁷⁵ Díez-PICAZO señala que la buena fe del artículo 7 CC “presenta dos vertientes claramente distintas: como un límite de los derechos subjetivos y como una fuente de especiales deberes de conducta (Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Introducción. Teoría del contrato*, sexta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 62)”.

⁷⁶ STS de 14 de mayo de 2002 (La Ley 5895/2002).

⁷⁷ En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M., “De nuevo sobre la buena fe”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1988, U. de Extremadura, p. 643; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., Voz “Buena fe (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, p. 831. Un tratamiento completo del tema puede examinarse en Díez-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, segunda edición, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 196 y ss.

⁷⁸ Ar. 293, Ponente JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS.

No constituye ninguna novedad el hecho de admitir que los derechos subjetivos deben ejercerse conforme a los postulados de la buena fe⁷⁹. Más aún, existen ordenamientos donde este principio se ha establecido legislativamente, como el artículo 187 del Código Civil de Brasil⁸⁰ de 2002, los artículos 6 y 7 del Código Civil de Quebec⁸¹ del año 1991 y el artículo 334 del Código Civil portugués⁸², por nombrar algunos.

Se ha señalado que en el CC la buena fe admite dos acepciones: una subjetiva y otra objetiva⁸³. La buena fe subjetiva es la creencia, nacida de un error excusable, de que la conducta que realiza o ha realizado una persona no va

⁷⁹ VON THUR, A., *op. cit.*, pp. 216 y 217; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., pp. 104 y 105; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 280.

⁸⁰ Artículo 187. *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

⁸¹ Artículo 6. *Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.* Artículo 7. *Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.*

⁸² Artículo 334. *É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse directo.*

⁸³ Se trata de una distinción no exenta de cuestionamientos. Criticando a quienes ubican a la buena fe subjetiva en materia de posesión y a la buena fe objetiva en el ámbito del Derecho de obligaciones, YZQUIERDO TOLSADA señala: "... no es admisible semejante maniqueísmo, que se me llega a antojar, si se sigue hasta sus últimas consecuencias y se puede permitir el retruécano, complicado y simplón al mismo tiempo. Porque distinguir dos esferas de actuación partiendo de diferencias ontológicas dentro de un principio general que si algo tiene, es unicidad, es complicar las cosas. Pero pretender ver dos manifestaciones prácticas es además empobrecedor, pues no son dos, sino infinitas, las funciones que el principio de buena fe, con su elástica riqueza, desempeña en el ordenamiento jurídico..." (YZQUIERDO TOLSADA, M., *De nuevo...*, cit., p. 639). Esta misma tensión entre los binomios buena fe subjetiva – posesión versus buena fe objetiva – obligaciones, ha sido analizada en el sistema del Código Civil chileno, seguidor del modelo del *Code* napoleónico. Así, GUZMÁN BRITO, defensor de la unidad de la buena fe, pone en evidencia que, desde Roma, la buena fe posesoria fue un derivado de la buena fe contractual: "...tal se ve, por ejemplo, en la fórmula de la *actio Publiciana*, destinada a defender la posesión *ad usucapionem*. Ella, como es sabido, rezaba así: *Si quem hominem As. As. bona fide emit et is traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret*. El pretor mandaba al juez, pues, que investigara si una cosa (un esclavo en el ejemplo formulario) fue comprada de buena fe por el actor y si le fue entregada, lo que implicó haberla empezado a poseer; y, en el caso positivo, le ordenaba fingir que esta posesión hubo de extenderse durante un año (que era el tiempo exigido para la usucapión de los muebles), para que enseguida determinara si en tal evento el objeto hubiera sido suyo por derecho (en la práctica, si la cosa fue hábil para ser usucapida). En tal caso, el demandado o actual poseedor debía ser condenado y el demandante o ex poseedor ganaba el juicio. En esta fórmula, pues, se ve clara la conexión entre la buena fe contractual y la buena fe de la posesión y la usucapión. El poseedor que perdió la posesión y quiere recuperarla tiene que haber "comprado de buena fe". Si la poseyó por menos de un año, se considera como si la hubiese usucapido. Si la poseyó durante un año, la usucapó realmente (y puede entablar además la *rei vindicatio*) (GUZMÁN BRITO, A., "La buena fe en el Código Civil de Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29 N°1 (2002), pp. 22 y 23)".

contra derecho⁸⁴. La buena fe objetiva “es la resultante de las reglas mínimas exigibles de honestidad y lealtad a la que las partes deben objetivamente ajustarse en el desarrollo de sus relaciones jurídicas”⁸⁵. Estos diferentes significados se fundamentan en la circunstancia de que quien observa las exigencias de la buena fe objetiva no viola ninguna norma ni lesiona derecho alguno. En cambio, la buena fe subjetiva, al caracterizar a quien incumple una norma o lesiona un derecho sin conciencia, no siempre merece protección por el ordenamiento por sí misma: no representa un modelo de conducta valioso para el Derecho⁸⁶. Debemos destacar que, tratándose de los límites internos al ejercicio de los derechos, no hay consenso acerca de la acepción en que ha sido considerada⁸⁷.

Manifestaciones de la buena fe como restricción al ejercicio de los derechos, encontramos en la interdicción de tener una conducta contraria a los propios actos, el retraso desleal, el abuso de la acción de nulidad por motivos formales y la institución del abuso del derecho⁸⁸.

2.1.1.1.- La doctrina de los actos propios

La interdicción de *venire contra factum proprium* implica mantener una conducta coherente con un comportamiento anterior, que ha creado en un sujeto de derecho una “razonable, objetiva y fundada confianza en que el

⁸⁴ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 60; YZQUIERDO TOLSADA, M., *De nuevo...*, cit., pp. 638 y 639; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 283.

⁸⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., *De nuevo...*, cit., p. 638. En el mismo sentido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 60; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 284.

⁸⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *op. cit.*, p. 834.

⁸⁷ LACRUZ afirma que se sigue el sentido objetivo o ético (LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., p. 104). BUSTO LAGO señala que, en este caso, la buena fe presenta ambos aspectos: el sentido objetivo, que obliga al respeto de la buena fe en el ejercicio de los derechos, conforme al artículo 7.2 CC; y la acepción subjetiva, por la cual quien ejercite un derecho de buena fe podrá exonerarse de la responsabilidad civil por los daños que cause con tal actuar (BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 284).

⁸⁸ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 62 y 63; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil I...*, cit., p. 104 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *De nuevo...*, cit., pp. 638 y 639; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 283. Se ha afirmado que la jurisprudencia que ha acogido la doctrina de los actos propios, el retraso desleal y el abuso de la nulidad por motivos formales acentúa notoriamente “una línea en que los tribunales construyen reglas por encima y más allá de los códigos” (Díez-PICAZO, L., “De nuevo sobre la codificación (del Código Civil a la Constitución)”, en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, p. 1163).

derecho no será ejercitado, o sólo lo será de una determinada manera”⁸⁹. Por lo mismo, no se puede defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella⁹⁰. En el *common law* esta figura se expresa en la institución del *estoppel*, y se funda en el principio según el cual las partes de un contrato que han conducido sus negociaciones en confianza o bajo el supuesto implícito acerca de un estado de cosas presente, pasado o futuro, o de una promesa o declaración expresa o tácita en el sentido de que un derecho reconocido por el ordenamiento no será ejercido, no podrán desdecirse de ese supuesto, promesa o declaración si resulta injusta o correcto hacerlo⁹¹.

La jurisprudencia ha utilizado frecuentemente esta institución. Así, la STS de 29 de noviembre de 2005⁹² señala que “... la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables...”⁹³. La misma agrega: “...el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, constituyendo presupuesto para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquella...”⁹⁴. Asimismo, la STS de 25 de octubre de 2000 indica que “la regla *nemine licet adversus sua facta venire* tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce, han de ser por ende

⁸⁹ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 63.

⁹⁰ DíEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos...*, cit., p. 202. En sentido similar, JARAMILLO JARAMILLO, C.I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 405 y ss.

⁹¹ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p. 637, nota 69. Sobre el punto, *vid.* DíEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos...*, cit., pp. 125 y ss.; JARAMILLO JARAMILLO, C.I., *op. cit.*, pp. 441 y ss.

⁹² RJ 2006/36.

⁹³ En el mismo sentido, STS de 28 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9244); ATC de 01 de marzo de 1993 (RTC 1993/77 AUTO); STC de 24 de octubre de 1988 (RTC 1988/198).

⁹⁴ En este sentido, STS de 10 de junio de 1994 (RJ 1995/ 5225); STS de 05 de octubre de 1987 (RJ 1987/6717).

tales actos vinculantes, causantes de estado y definidoras de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminadas a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad”⁹⁵.

2.1.1.2.- El retraso desleal

El rechazo al retraso desleal es otra manifestación de la buena fe en el ejercicio de los derechos. En este caso, el ejercicio del derecho se torna inadmisibile cuando el titular del mismo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlo valer y, con dicha actitud, ha dado pie para que su adversario pueda esperar objetivamente que éste ya no se ejercitará⁹⁶. El desarrollo doctrinario y jurisprudencial del retraso desleal del sistema español proviene de la doctrina de la *Verwirkung* del Derecho alemán⁹⁷. Una institución semejante existe en el *common law* que se denomina *laches*, cuyo origen se encuentra en los tribunales de equidad ingleses y con posible inspiración en el brocardo “*vigilantibus, non dormientibus, aequitas subvenit*”⁹⁸.

Es importante destacar que no basta que el titular del derecho o la pretensión no ejerza éstos en tiempo oportuno, sino que, además, debe haber creado en el sujeto pasivo la confianza de que no los haría valer⁹⁹. Así, la STSJ de Navarra de 27 de diciembre de 2006 resolvió que “no es pues bastante una mera dilación en la actuación del derecho, sino que ésta ha de producirse en circunstancias que la hagan inesperable o sorpresiva para la otra parte frente a quien se hace valer, pues es la deslealtad con la conducta que objetivamente

⁹⁵ RJ 2000/8813.

⁹⁶ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 63; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *op. cit.*, p. 844; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 287; VAQUER ALOY, A., y CUCURRUL SERRA, N., “¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la *Verwirkung* en el juicio ejecutivo”, en *InDret*, N°1/2005, disponible en www.indret.com (visita 15 septiembre 2009), pp. 6 y ss.

⁹⁷ VAQUER ALOY, A., “El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española”, en *RdP* N°2 (1999), BIB 1999/1077, disponible en www.westlaw.es, (visita 15 de septiembre de 2009), p. 18. Este mismo autor observa que se tratan como sinónimos los conceptos de retraso desleal y *Verwirkung*, no obstante que esta última “es el efecto jurídico que se anuda a la existencia de un retraso desleal en el ejercicio de los derechos, de manera que el efecto jurídico acaba por designar al completo supuesto de hecho”. Sobre el punto, *vid.* DíEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos...*, cit., pp. 153 y ss.; JARAMILLO JARAMILLO, C.I., *op. cit.*, pp. 471 y ss.

⁹⁸ VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, p. 13. *Vid.* BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., nota 198, p. 286.

⁹⁹ VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, p. 13.

cabía esperar del titular la que hace intolerable e inadmisibles por antijurídico su tardío ejercicio”¹⁰⁰.

La sentencia antes comentada es una manifestación más de la línea jurisprudencial consolidada en la STS de 21 de mayo de 1982¹⁰¹, por la cual se considera contrario a la buena fe el ejercicio tardío de un derecho que lleva a la otra parte a pensar que no iba a actuarlo, criterio reiterado en innumerables sentencias. Por ejemplo, la STS de 20 de julio de 2009¹⁰² considera contrario a la buena fe la reclamación de una empresa de representación de futbolistas, interpuesta varios meses después de que el jugador les notificara el término del contrato de representación y la revocación del poder respectivo mediante un burofax remitido a la demandante. Se decidió que en “cualquier caso la falta de respuesta al burofax de revocación, sin formulación de oposición, queja o reclamación durante varios meses (hasta después de la suscripción del segundo contrato por el Sr. Jaime con el Betis Balompié el 18 de junio de 2002), justifica que se aprecie la existencia de una conformidad con la extinción del contrato, y que incluso se pueda aplicar la doctrina del retraso desleal, dado que una inactividad como la expresada es lógico que cree una confianza en el otro interesado del cambio de situación jurídica, constituyendo la reacción jurídica posterior una conducta extemporánea contraria a la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos...”. La STS de 31 de enero de 2007¹⁰³ declaró que la tolerancia de una comunidad de propietarios de un edificio a la realización de obras por parte de los demandados en el patio y en el hueco de la escalera – elementos comunes –, con el resultado de su anexión al local de propiedad de estos últimos, por un período superior de diecisiete años, tornaba en inadmisibles cualquiera acción sobre el particular, ya “que actúa contra la buena fe... el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo (retraso desleal), vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho...”.

¹⁰⁰ RJ 2007/1663. En el mismo sentido, STS de 16 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9716); STSJ de Navarra de 06 de octubre de 2003 (RJ 2003/8687), entre otras.

¹⁰¹ RJ 1982/2588, cuya importancia ha sido destacada por Díez-PICAZO, L., *De nuevo sobre la codificación...*, cit., p. 1163; MÍQUEL GONZÁLEZ, J.M., *op. cit.*, p. 845.

¹⁰² JUR 2009/350148.

¹⁰³ RJ 2007/590.

2.1.1.3.- El abuso de la acción de nulidad por motivos formales

El principio general de la buena fe impone el respeto de un negocio jurídico ineficaz por defecto de forma, cuando ha sido voluntariamente cumplido¹⁰⁴. Quien cumple un negocio jurídico nulo por esta causa o acepta el cumplimiento realizado por su contraparte, no puede impugnar la validez de éste ni ponerlo en duda¹⁰⁵. Por lo tanto, el ejercicio del derecho que conlleve la alegación de esta nulidad formal se transforma en abusivo¹⁰⁶. En esta línea, la STS de 01 de febrero de 1985¹⁰⁷ resolvió rechazar la alegación del demandado en orden a no existir en su contra un requerimiento notarial válido, ya que entendió el TS que éste se dio por requerido por la circunstancia de saber y conocer del hecho de tal requerimiento, su contenido y su finalidad. Asimismo, la STS de 23 de mayo de 1987¹⁰⁸ reconoce valor a una renta vitalicia a título gratuito que no cumplía con las formalidades de la aceptación, señalando que las herederas del constituyente no pueden “luego volverse, de forma extemporánea, contradictoria y acomodaticia” en contra de sus propios actos, consistentes en haber seguido abonando el importe de la misma, “discutidos desde febrero de 1974 hasta octubre de 1977, fallecido ya don José C. en diciembre de 1970”.

2.1.1.4.- El abuso del derecho

El artículo 7.2 CC prescribe que “la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”. Así las cosas, esta institución constituye un correctivo al ejercicio excesivo o anormal de un derecho¹⁰⁹. No obstante los

¹⁰⁴ MÍQUEL GONZÁLEZ, J.M., *op. cit.*, p. 845.

¹⁰⁵ DíEZ-PICAZO, L., *De nuevo sobre la codificación...*, cit., p. 1163.

¹⁰⁶ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 63; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 288.

¹⁰⁷ RJ 1985/525.

¹⁰⁸ RJ1987/ 3557.

¹⁰⁹ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, pp. 626 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 115. Se ha dicho que “el ejercicio abusivo consiste en sobrepasar manifiestamente los límites normales del mismo. La normalidad del ejercicio es cuestión de apreciación según las costumbres y concepciones de cada época; no se trata simplemente de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el derecho, sino de ver cómo la gente estima que debe ejercitarse y hasta dónde llegan en la práctica de cada época las facultades concedidas por la ley” (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., voz “Abuso del derecho (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, p. 46).

intentos de distinguir entre abuso del derecho y ejercicio contrario a la buena fe¹¹⁰, parece imponerse la opinión que sostiene que la institución que comentamos es una forma de contrariar precisamente las exigencias de la buena fe¹¹¹.

La jurisprudencia ha exigido los siguientes requisitos para configurar el abuso del derecho: “a) uso de un derecho objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio o legítimo), u objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)”¹¹².

Se ha destacado que lo que constituye esencialmente el concepto de abuso es la circunstancia de sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho¹¹³. En este sentido, constituye un ejercicio anormal la pretensión de una viuda que reclama sus derechos sobre los bienes de su marido fallecido, del cual se encontraba separado por más de cuarenta años, al “ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (protección del matrimonio convivente), teleológicos (derechos viudales al cónyuge supérstite convivente) y sociales (seguridad en las relaciones matrimoniales mantenidas por el afecto de los cónyuges)...”¹¹⁴; la oposición de un comunero a la

¹¹⁰ En todo caso, con poco éxito, como señala MÍQUEL GONZÁLEZ, J.M., *op. cit.*, p. 840.

¹¹¹ En este sentido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 63; MÍQUEL GONZÁLEZ, J.M., *op. cit.*, p. 841; VON THUR, A., *op. cit.*, pp. 216 y 217.

¹¹² STS de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009/159). En el mismo sentido, entre otras, STS de 02 de julio de 2002 (La Ley 10038/2002); STS de 14 de mayo de 2002 (La Ley 5895/2002). Como pone de manifiesto YZQUIERDO TOLSADA, en cuanto a la exigencia de los requisitos anotados, “el parecido es harto elocuente” con la clásica STS de 14 de febrero de 1944, en donde se configura con precisión la figura del abuso del derecho (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 116). Así, por lo demás, lo reconoce la STS de fecha 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1082)

¹¹³ Así, STS de 21 de septiembre de 2007 (RJ 2007/5079). En el mismo sentido, STS de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002/4441).

¹¹⁴ STS de 13 de junio de 1986 (La Ley 7899-R/1986). Un caso semejante es el resuelto por la STS de 29 de junio de 2002 (RJ 2002-1469): “en el presente caso es patente y manifiesto el ejercicio abusivo de su derecho por parte del recurrente tal y como ha sido calificado por la Sala de instancia al afirmar que «en el supuesto de debate es obvio que concurre en el recurrente un exceso en el ejercicio del derecho al pretender con amparo en el artículo 395 del Código Civil, que la que fue su esposa, de la que se encuentra divorciado desde el año 1989, sufrague por mitades los gastos provocados por una vivienda que pertenece a ambos litigantes por mitades indivisas, gastos de arbitrio o contribuciones, o en su caso gastos realizados por

modificación por vía judicial del título constitutivo de un edificio regido por la Ley de Propiedad Horizontal, fundándose en la necesidad de requerir el consentimiento unánime de la Junta de Propietarios, en atención a que la comunidad está formada por sólo dos integrantes y no se han dado argumentos de entidad suficiente para oponerse¹¹⁵; la iniciación de un juicio hipotecario con posterioridad a la obtención de una sentencia recaída en un proceso ejecutivo común, en donde ya se había embargado el inmueble hipotecado, sin instar por la vía de apremio de éste último, ya que ninguna nueva garantía para el éxito de la misma representaba la duplicidad de la vía ejecutiva¹¹⁶, etc.

2.1.2.- Daños causados en el ejercicio leal de la competencia

Otro supuesto de daño no reparable lo constituyen aquellos causados en el leal ejercicio de la competencia¹¹⁷. Los actos de competencia no sólo son reconocidos por el ordenamiento, sino que fomentados por éste, desde que el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. En este entendido, el preámbulo de la Ley 15/2007, de 03 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), señala que “la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes”. Por lo tanto, los daños causados con motivo del ejercicio de la competencia no son reparable, en la medida que se ejecuten con lealtad.

mejoras en la vivienda, cuando desde el año 1984 en que se produce la separación de hecho del matrimonio, por cese de la convivencia, la actora en la instancia, no pudo usar ni disfrutar de la cosa común, al estar ocupada la misma por su esposo, o el que fue su esposo, y la actual mujer...”.

¹¹⁵ STS de 19 de diciembre de 2009 (La Ley 189387-2008).

¹¹⁶ STS de 25 de enero de 2006 (La Ley 331-2006)

¹¹⁷ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

Así como la ley ampara a la competencia leal, prohíbe a la competencia desleal. Los estatutos legales que reprimen a ésta última están constituidos, fundamentalmente, por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) y por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP). Para determinar si un acto constituye o no competencia desleal, hay que remitirse al catálogo de actos de competencia desleal establecidos en el Capítulo II LCD, artículos 4 a 18. Lo que persigue esta reglamentación es permitir la existencia de un mercado plural y competitivo, así como la voluntad de mantenerlo en estas condiciones por parte de quienes compiten en él¹¹⁸.

Determinar si los daños provenientes de un acto de competencia generan o no la obligación de indemnizar depende, en consecuencia, de la calificación de si éstos son o no desleales. Para ello habrá que recurrir, en primer lugar, a determinar si el acto en cuestión se encuentra dentro del catálogo de los actos de competencia desleal antes mencionado, en especial de aquellos descritos típicamente en los artículos 5 a 18 LCD¹¹⁹. Lo anterior, porque a falta de encuadramiento de la situación de hecho en alguno de estos supuestos, el acto podría aún calificarse de desleal por aplicación de la cláusula general del artículo 4.1 LCD: “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

La buena fe competitiva se ha entendido como aquella conducta “que observa todo competidor que fundamenta su actividad en los valores de honestidad empresarial imperantes en el momento y en lugar en el que se produce la presunta conducta infractora”¹²⁰. Como lo pone de manifiesto la STS de 08 de octubre de 2007, la buena fe objetiva constituye “una exigencia ética significada por los valores de honradez, lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atenerse a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena”; pero subordinada al

¹¹⁸ ILLESCAS ORTIZ, R., “Derecho de la competencia: la competencia leal”, en *Derecho Mercantil* (coordinador GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ), undécima edición, Ariel, Barcelona, 2006, p. 744.

¹¹⁹ Actos de confusión (6), de engaño (7), obsequios, primas y supuestos análogos (8), actos de denigración (9), de comparación (10), de imitación (11), explotación de la reputación ajena (12), violación de secretos (13), inducción a la infracción contractual (14), violación de normas (15), discriminación y dependencia económica (16) y venta a pérdida (17).

¹²⁰ ILLESCAS ORTIZ, R., *op. cit.*, p. 746.

principio de la competencia económica, en atención a que “no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado”¹²¹. De esta manera, la buena fe objetiva actúa como un estándar o patrón de comportamiento justo y honrado reconocido en el tráfico a las circunstancias concretas¹²², pudiendo ésta ser coincidente con las normas de corrección y buenos usos mercantiles¹²³.

En relación al alcance que debe darse a la buena fe en la citada cláusula general, se ha resuelto que el artículo 4 LCD constituye un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, el cual no puede ejercitarse “mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado”¹²⁴. En esta línea, se ha impuesto la interpretación que considera a esta disposición como una norma de carácter sustantivo y autónomo de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los agentes económicos¹²⁵, superando una primaria aplicación en la cual el artículo 4 LCD se invocaba sólo para reforzar el carácter desleal de una práctica ya establecida a partir de la norma concreta en que se

¹²¹ La Ley 154011/2007. En el mismo sentido, STS 24 de noviembre de 2006 (La Ley 150025/2006); STS 19 de abril de 2002 (RJ 2002/3306); STS de 16 de junio de 2000 (RJ 2000/5288); STS de 15 de abril de 1998 (RJ 1998/2053); STS de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996/2246).

¹²² SAP de Madrid de 24 de abril de 2009 (La Ley 72364/2009). A la buena fe objetiva como estándar de conducta se refiere expresamente la STS de 15 de diciembre de 2008 (RJ 2009/153) y STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005/8274).

¹²³ Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Medidas cautelares por competencia desleal” en *Revista La Ley*, Nº6 (1996), La Ley 12011/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 octubre 2009), p. 9; ILLESCAS ORTIZ, R., *op. cit.*, p. 746. También, SAP Vizcaya de 02 de abril de 2009 (La Ley 118524/2009), que indica que los límites éticos generales del artículo 5 LCD “se reconducen a los buenos usos y prácticas mercantiles”.

¹²⁴ STS de 24 de noviembre de 2006 (La Ley 150025/2006). Reiteran su función de límite al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad en el mercado las SSTS de 08 de octubre de 2007 (La Ley 154011/2007) y de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007/1617), entre otras.

¹²⁵ En este sentido, MACÍAS CASTILLO, A., “Competencia desleal: actos de carácter desleal. Análisis de la STS de 08 de octubre de 2007”, en *AC*, 3/2008, La Ley 7061/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 22 octubre 2009), p. 3; SUÑOL LUCEA, A., “La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización”, en *Ar. Civ.*, 10/2003 (estudio), BIB 2003/1011, disponible en www.westlaw.es (visita 22 octubre 2009), p. 3.

subsumía el supuesto de hecho¹²⁶. En este sentido, entre otras, se han pronunciado las SSTS de 15 de diciembre de 2008¹²⁷, de 08 de octubre de 2007¹²⁸ y de 24 de noviembre de 2006¹²⁹.

Se han considerado actos de competencia leal y, en consecuencia, generador de daños no reparables, “la mera captación y trasvase de trabajadores de una empresa a otra, que se funda o ya en funcionamiento, con la misma actividad industrial y/o comercial”, por falta de otras circunstancias típicas o que supongan abuso de competencia¹³⁰; la constitución por parte de los trabajadores de una entidad de otra empresa dedicada a la misma actividad, luego de haber causado su baja y sin haber ocultado el proyecto empresarial a su ex empleador¹³¹; el mero trasvase de clientes sin que se haya realizado “mediante determinados actos que constituyen claras maquinaciones, artificios, ardidés y engaños, que de no haber concurrido no se habría producido...”¹³²; la venta no masiva efectuada por una distribuidora en exclusiva de uno de los productos objeto de su distribución a un precio notablemente inferior al habitual, sin que tuviera límites a la fijación del precio de distribución y habiendo obtenido igualmente beneficios con ello¹³³; la captación de los clientes de una empresa por parte de consultores expertos que habían rescindido su relación laboral con ella, que habían prestado servicios como tales a los clientes que posteriormente quisieron continuar con ellos, por ser perfectamente conocidos de los mismos¹³⁴; etc.

¹²⁶ DE LA CUESTA RUTE, J.M. y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E., “La acertada noción de competencia desleal en la sentencia de 13 de marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Burgos”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N°5 (2009), La Ley 13056/2009, disponible en www.laleydigital.es (visita 22 octubre 2009), pp. 4 y 5.

¹²⁷ RJ 2009/153.

¹²⁸ RJ 2007/6805.

¹²⁹ La Ley 150025/2006.

¹³⁰ STS de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007/3603).

¹³¹ STS de 01 de abril de 2002 (La Ley 4147/2002).

¹³² SAP Sevilla de 23 de septiembre de 2008 (La Ley 234558/2008).

¹³³ SAP Madrid de 17 de abril de 2002 (La Ley 74787/2002).

¹³⁴ SAP Vizcaya de 02 de abril de 2009 (La Ley 118524/2009).

2.1.3.- Daños causados en el ejercicio legítimo del derecho de huelga

El artículo 28.2 CE reconoce “el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”. Se trata de un derecho constitucional que autoriza a ejercer una coacción física, presión o intimidación encaminada a contrarrestar la preeminencia empresarial¹³⁵ o establecer a favor de las personas en estado de dependencia salarial “una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas”¹³⁶. Bajo este prisma, los daños causados en el ejercicio legítimo de este derecho constitucional tampoco son reparables.

Debe tenerse presente que la producción de daños pertenece a la esencia misma de la huelga¹³⁷, a tal punto que se ha sostenido que ella implica el derecho de causar un daño al empresario¹³⁸, el cual debe soportarlo en la medida que se ejercite dentro de los límites que circunscriben este derecho¹³⁹.

Determinar las fronteras del derecho de huelga se erige como tarea indispensable para calificar el ejercicio del derecho de huelga como legítimo o no. Se distinguen los límites internos o intrínsecos de los externos o extrínsecos. Los primeros provienen de la configuración de la huelga en el ordenamiento positivo en vinculación con los valores propios de la relación de trabajo¹⁴⁰. Los segundos se hacen derivar de una comparación entre el derecho constitucional de huelga con otros derechos que también gozan de protección constitucional¹⁴¹.

¹³⁵ GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., p. 419.

¹³⁶ STC de 08 de abril de 1981 (RTC 1981/11).

¹³⁷ GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., p. 420; BAYLOS GRAU, A. Y VALDÉS DE LA VEGA, B., *op. cit.*, pp. 79 y 80; FERRANDO GARCÍA, F., *op. cit.*, p. 26.

¹³⁸ TÁRRAGA POVEDA, J., *op. cit.*, p. 2.

¹³⁹ GOÑI SEIN, J.L., *Límites...*, cit., p. 9; CEINOS SUÁREZ, A., *op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁰ GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., pág. 424.

¹⁴¹ CANCIO FERNÁNDEZ, R., “La responsabilidad de la organización sindical por el ejercicio del derecho de huelga”, en *AL*, N°25 (2002), La Ley 2150/2002, disponible en www.laleydigital.es (visita 02 noviembre 2009), p. 5.

2.1.3.1. Límites internos del derecho de huelga

La noción de límites internos del derecho de huelga fue introducida al debate por la STC de 08 de abril de 1981¹⁴², la cual, en su fundamento jurídico N°10 y con apoyo en la institución del abuso del derecho, sujeta el ejercicio de aquél a la existencia de proporcionalidad y sacrificios mutuos entre los trabajadores y los empresarios, a más de declarar vigentes durante ella a los deberes mutuos de lealtad y de honradez. Al amparo de esta idea, se ha indicado que los límites internos se distinguen en función del motivo por el cual las huelgas se apartan del ámbito de protección del derecho, a saber: las huelgas abusivas, por su potencialidad dañosa; las ilegales, por resultar ajenas a su fin; y, las ilícitas, por ignorar el procedimiento previsto en la ley¹⁴³.

El concepto de huelga abusiva se deriva de los principios que, según la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, deben inspirar el derecho de huelga: proporcionalidad de los sacrificios, el deber mutuo de lealtad y honradez. Estos principios lo obtiene dicha magistratura de la interpretación del artículo 7 del Real Decreto Ley 17/1977, de 04 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), que se refiere al ejercicio del derecho de huelga, y a la constatación de que éste “es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario”¹⁴⁴. Por ello, conforme al artículo 7.2 RDLRT, “las huelgas rotatorias, las efectuadas por trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, se considerarán actos ilícitos o abusivos”. Respecto de estas modalidades existe una presunción *iuris tantum* de su naturaleza abusiva¹⁴⁵, lo que no restringe la calificación de abusivos a otros comportamientos huelguísticos no mencionados en el artículo 7.2 RDLRT¹⁴⁶.

¹⁴² RTC 1981/11. Así lo pone de manifiesto CANCIO FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 6.

¹⁴³ GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., p. 424.

¹⁴⁴ Fundamento jurídico N°10 de la STC de 08 de abril de 1981 (RTC 1981/11).

¹⁴⁵ FERRANDO GARCÍA, F., *op. cit.*, pp. 35 y 36; GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., p. 425.

¹⁴⁶ Refiriéndose a otros comportamientos no contemplados en el artículo 7.2 RDLRT, la STC de 08 de abril de 1981 (RTC 1981/11) señala que “el abuso se puede cometer también cuando a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se le dota de un efecto multiplicador, de

Las huelgas ilegales son aquellas mencionadas en el artículo 11 RDLRT: las iniciadas o sostenidas por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional; las de solidaridad o apoyo; las que tengan por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo establecido por laudo; y, las que se declaren contraviniendo expresamente lo pactado en un convenio colectivo para la solución de conflictos.

La inobservancia de los límites procedimentales que sujetan y condicionan el ejercicio del derecho de huelga da lugar a las huelgas ilícitas¹⁴⁷. De esta manera, una huelga será ilegítima si no se cumplen las exigencias del artículo 3 RDLRT en relación con la declaración y comunicación de la huelga y la constitución del comité de huelga.

No todos están de acuerdo con la circunstancia de que el derecho de huelga reconozca la existencia de límites internos para efectos de determinar si su ejercicio genera o no responsabilidad¹⁴⁸. Este derecho sólo estaría restringido por los límites que fija la Constitución y el ejercicio de los otros derechos reconocidos por ella¹⁴⁹. Más aún, se critica el principio de la proporcionalidad de los sacrificios, pues ella supone presumir la igualdad entre trabajadores y empresarios¹⁵⁰. Y también se reprocha la alusión al deber mutuo de lealtad y

manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado. Así, una huelga de duración formal escasa consigue prolongar sus efectos en el tiempo, posee una duración sustancial muy superior y exige del empresario el costo adicional de la reorganización. El abuso del derecho de huelga puede, finalmente, consistir en disminuir formal y aparentemente el número de personas que están en huelga, disminuyendo el número de personas sin derecho a la contraprestación o al salario, es decir, los huelguistas reales simulan no serlo. Este elemento de simulación es contrario al deber mutuo de lealtad y de honradez que la huelga no hace desaparecer”. Otro supuesto no considerado en el artículo 7.2 RDLRT lo constituye la huelga intermitente, la cual, en principio, no es abusiva, salvo que produzcan un daño desproporcionado a la otra parte de la relación de conflicto. En este sentido, STC de fecha 02 de diciembre de 1982 (RTC 1982/72); STC de 21 de marzo de 1984 (RTC 1984/41); STS de 17 de diciembre de 1999 (RJ 2000/522); STS de 30 de junio de 1990 (RJ 1990/5551).

¹⁴⁷ GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., pp. 426 y 427; CANCIO FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p.

6.

¹⁴⁸ GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., p. 433.

¹⁴⁹ *Ídem*.

¹⁵⁰ CANCIO FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 6. Se ha indicado que “la teoría de la equivalencia o proporcionalidad de daños no es pacífica y ha sido objeto de crítica doctrinal, considerando que

honradez, ya que resultaría incorrecto extender los criterios generales que rigen la ejecución del contrato de trabajo a un momento es que éste se encuentra legalmente suspendido¹⁵¹.

2.1.3.2.- Límites externos del derecho de huelga

El derecho de huelga aparece limitado por la existencia de otros derechos constitucionalmente protegidos en igual o inferior grado¹⁵². Cuando concurren ambos, se limitan recíprocamente; ante una posible colisión, deben coordinarse; no siendo correcto el sacrificio absoluto de uno frente a otro¹⁵³. Dentro de estos límites, encontramos a los siguientes¹⁵⁴:

a.- El derecho a trabajar de quienes no quieren adherirse a la huelga (artículo 6.4 RDLRT).

b.- La libertad de los empresarios y de los trabajadores no huelguistas, en atención a que el ejercicio del derecho de huelga debe realizarse sin ocupación del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias (artículo 7.1 RDLRT). Si bien es cierto que el derecho de huelga limita la libertad de empresa reconocida y garantizada en el artículo 38 CE, no puede conducir a su completa anulación por una absoluta reducción de la capacidad organizativa empresarial¹⁵⁵.

c.- El derecho de la comunidad a los servicios esenciales (artículos 28.2 CE y 10.2 RDLRT). No existe una enumeración de tales en la Constitución o en la Ley. Se ha sostenido que la expresión “servicios esenciales” recoge una

al acudir a las técnicas propias del Derecho civil se desnaturaliza la huelga, situándola en el terreno del derecho común que no le es propio (TÁRRAGA POVEDA, J., *op. cit.*, p. 5)”.
¹⁵¹ *Ídem*.

¹⁵² GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., p. 433.

¹⁵³ CANCIO FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁴ Seguimos la enumeración efectuada por GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., pp. 427 y ss. En sentido similar, CANCIO FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “El alcance constitucional del derecho de huelga”, en *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer* (coordinadores MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, JESÚS CRUZ VILLALÓN Y FEDERICO DURÁN LÓPEZ), La Ley 5431/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 02 noviembre 2009), p. 7.

práctica internacional consagrada también en los estándares de la OIT, como sinónimo de servicios vitales para la vida, la seguridad pública o la salud¹⁵⁶. Asimismo, para reconocer la esencialidad de un servicio o actividad, hay que estar al carácter de los bienes o intereses satisfechos, por lo que los meros bienes constitucionales desconectados de lo que propiamente constituyen los derechos fundamentales y libertades públicas con un mínimo contenido prestacional, no pueden constituirse en objeto de tutela preferente en caso de huelga¹⁵⁷.

d.- El respeto de los intereses generales relativos a la seguridad de las personas y de las cosas así como de la integridad de la organización productiva de la empresa. La huelga no puede poner en peligro la integridad individual de las personas, como cuando se la conmina a permanecer en una dependencia concreta o se le impide el abandono de la misma¹⁵⁸. Asimismo, se ha reconocido la indemnidad de los bienes de capital¹⁵⁹, desde que la ocupación de los locales y dependencias se torna ilícita cuando se vulnera el derecho de los empresarios sobre las instalaciones y los bienes¹⁶⁰.

e.- El derecho al honor, reconocido en el artículo 18 CE, desde que los trabajadores en huelga no pueden calumniar o injuriar a los empresarios o trabajadores no huelguistas¹⁶¹. Lo anterior no es más que aplicación de los límites que el artículo 20.4 CE impone a la libertad de expresión.

2.1.3.3. Daño no reparable en el derecho de huelga

Reconociendo que es de la esencia del derecho de huelga producir daños que el ordenamiento jurídico acepta, debemos también observar que el alcance de esta protección no es ilimitado. En efecto, todo daño infligido al empresario por

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M., "En torno a la huelga en los servicios esenciales", en *RL*, 1987, La Ley 6142/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 27 noviembre 2009), p. 1.

¹⁵⁷ MONREAL BRINGSVAERD, E., "Última jurisprudencia sobre huelga en servicios esenciales: puntos críticos", en *AL*, N°21 (2007), La Ley 6142/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 27 noviembre 2009), p. 1.

¹⁵⁸ GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., p. 428.

¹⁵⁹ Fundamento jurídico N°20 de la STC de 08 de abril de 1981 (RTC 1981/11).

¹⁶⁰ Fundamento jurídico N°17 de la STC de 08 de abril de 1981 (RTC 1981/11).

¹⁶¹ GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., p. 428.

sobre el normalmente aceptable en una manifestación huelguística es abusivo y da derecho a su indemnización en esa parte¹⁶². Por lo tanto, es preciso distinguir entre el daño admisible y el daño indemnizable.

El daño admisible es aquél perjuicio “típico” que se deriva de la paralización de la actividad productiva, sin que se llegue a causar un daño adicional injusto¹⁶³. Para determinar el daño admisible, se ha acudido al principio de proporcionalidad de los sacrificios de las partes y a la ruptura del principio de la buena fe.

2.1.3.3.1. El principio de proporcionalidad de los sacrificios de las partes

El principio de la proporcionalidad exige un equilibrio entre el daño soportado por los huelguistas –la pérdida de salario– y el daño sufrido por la empresa –la ausencia de la prestación laboral–¹⁶⁴. Este principio no concurrirá en aquellos casos en que la huelga se extienda a sujetos que inicialmente no pretendían adherirse a la paralización de actividades o afecte a la producción por más tiempo que el de duración de la propia huelga¹⁶⁵.

Manifestaciones de la proporcionalidad encontramos en la técnica del perjuicio adicional y el principio de la razonabilidad. El primero se produce cuando la huelga origina una desorganización de los elementos de la empresa, en virtud de la cual ésta tiene que revisar su capacidad de producción¹⁶⁶. El principio de la razonabilidad supone que los daños producidos por la huelga no pueden ser superiores a los razonablemente requeridos por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga naturalmente implica¹⁶⁷.

¹⁶² QUINTANILLA NAVARRO, R., *op. cit.*, p. 344; TÁRRAGA POVEDA, J., *op. cit.*, p. 3.

¹⁶³ BAYLOS GRAU, A., Y VALDÉS DE LA VEGA, B., *op. cit.*, p. 80.

¹⁶⁴ LAHERA FORTEZA, J., “El abuso del derecho en la huelga intermitente (Comentario a la STS 4ª de 17 de diciembre de 1999)”, en *AL*, N°19(2000), La Ley 6318/2002, disponible en www.laleydigital.es (visita 10 noviembre 2009), p. 3.

¹⁶⁵ BAYLOS GRAU, A., Y VALDÉS DE LA VEGA, B., *op. cit.*, p. 80. En el mismo sentido, Fundamento jurídico N°10 de la STC de 08 de abril de 1981 (RTC 1981/11).

¹⁶⁶ LAHERA FORTEZA, J., *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁷ *Ídem*.

Estas hipótesis se plasmaron en la STS de 17 de diciembre de 1999¹⁶⁸, que enjuició una huelga ejecutada mediante la paralización en distintos intervalos de tiempo, siendo cada uno de estos desconvocados en épocas muy cercanas a la fecha fijada para su realización. Como se trataba de una empresa con sistema de producción “justo a tiempo”, ésta no dispuso del tiempo necesario para adquirir las materias primas indispensables para continuar con la producción luego de desconvocadas las paralizaciones y, no obstante, debió abonar los salarios a los trabajadores. Sobre estos puntos, el fundamento jurídico N°8 de la sentencia en comento señaló que “la desproporción entre los daños producidos al empresario y los sacrificios asumidos por los huelguistas... es de apreciar también en el caso en litigio. Los representantes de estos últimos han procurado de manera reiterada reducir el coste de las pérdidas salariales correspondientes al tiempo de huelga mediante la práctica de desconvocar de manera imprevista los paros declarados, sin que el empresario pudiera, a la vista del sistema de producción “justo a tiempo”, poner a su disposición toda la materia prima y materiales en proceso necesarios para el trabajo. Con ello se ha infligido al empresario un daño que excede con mucho del lucro cesante derivado de la no colaboración de los trabajadores en que consiste la huelga y de los costes organizativos normales que resultan inevitablemente de una cesación total o parcial de la actividad productiva”.

A su turno, el fundamento jurídico N°9 agregó lo siguiente: “se ha dicho en las actuaciones que este daño o “perjuicio añadido” debe ser imputado a la empresa, que es la que ha adoptado un sistema de producción que la hace más vulnerable a medidas de conflicto colectivo de esta clase o similares, y no a la representación de los trabajadores, que tendrían derecho a elegir las acciones de conflicto que considerara oportunas, aunque produjeran tal “perjuicio añadido”. Pero el argumento no convence. La libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución faculta al empresario, dentro del respeto a los derechos de los trabajadores, para elegir el sistema de producción que considere más adecuado, sin afrontar más riesgos o eventualidades que los inevitables en cualquier actividad productiva. Dentro de

¹⁶⁸ RJ 2000/522.

estas eventualidades se pueden encontrar desde luego los daños o pérdidas de utilidad derivados del ejercicio del derecho de huelga. Pero el ejercicio del derecho de huelga consiste, en lo esencial, en suspender temporalmente la colaboración contractual con el empresario, con las consiguientes pérdidas de producción y costes de organización, pero no en causarle “perjuicios añadidos” como los que resultan en un sistema de producción “justo a tiempo” de las “desconvocatorias” imprevistas de los paros declarados. Como se dice en la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 (RTC 1981/11), y se ha repetido constantemente desde entonces, la atribución del derecho de huelga a los trabajadores supone el reconocimiento de un instrumento de presión en la negociación de aquéllos con los empresarios pero no elimina o hace desaparecer el deber de buena fe entre las partes de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, uno de cuyos ingredientes es precisamente la evitación de los daños o pérdidas de utilidad que excedan de los inherentes a la cesación de la actividad de trabajo en que la huelga consiste”.

2.1.3.3.2.- La ruptura del principio de la buena fe

El principio de la buena fe es otro elemento integrante del concepto de daño admisible en el ejercicio legítimo del derecho de huelga. Por ello, la STC de 08 de abril de 1981¹⁶⁹ declaró expresamente que la huelga no hace desaparecer el deber mutuo de lealtad y honradez. Pero, por otra parte, es evidente que este deber se transforma, pues la obligación de colaboración con la empresa cede hacia una aceptación de aumentos de costes para el empresario, producto de la eficacia de las medidas de presión¹⁷⁰. Por lo tanto, el deber de buena fe se relativiza durante la huelga¹⁷¹.

En mérito de lo anterior, el quebrantamiento de la buena fe se produce por la búsqueda consciente y voluntaria por parte de los huelguistas de causar un daño grave y desproporcionado a la empresa. La existencia del daño y la intención de causarlo se configuran, entonces, como criterios que deslegitiman

¹⁶⁹ (RTC 1981/11).

¹⁷⁰ BAYLOS GRAU, A., Y VALDÉS DE LA VEGA, B., *op. cit.*, p. 82.

¹⁷¹ FERRANDO GARCÍA, F., *op. cit.*, p. 42.

el ejercicio del derecho de huelga¹⁷², lo cual ha tenido respaldo en las decisiones del TC: “... no basta con que la huelga origine un daño a la empresa, sino que es preciso que el daño sea grave y haya sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica...”¹⁷³.

El daño indemnizable, en contraposición al daño no reparable, “es un concepto de valor específico en caso de huelga abusiva que ha de ser diferenciado del daño legítimo o admisible en el ejercicio del derecho”¹⁷⁴. Para su determinación no deben aplicarse criterios estrictamente civiles¹⁷⁵ –que exigen la reparación de la totalidad del daño–, puesto que sólo debe indemnizarse el perjuicio suplementario que causa el acto o comportamiento ilícito y en aquella parte que excede del legítimo ejercicio del derecho de huelga¹⁷⁶.

En conclusión, sólo es reparable el perjuicio adicional o añadido a aquél que normalmente origina la huelga¹⁷⁷, o sea, todo aquel perjuicio por sobre el denominado “daño admisible”.

2.1.4.- Daños sufridos por un deportista con ocasión de la práctica deportiva

Por regla general, los daños que sufre un deportista con ocasión de la práctica deportiva¹⁷⁸ no generan responsabilidad civil¹⁷⁹. Lo anterior es efectivo siempre

¹⁷² BAYLOS GRAU, A., Y VALDÉS DE LA VEGA, B., *op. cit.*, p. 82; FERRANDO GARCÍA, F., *op. cit.*, p. 42.

¹⁷³ STC de 02 de diciembre de 1982 (RTC 1982/72); STC de 21 de marzo de 1984 (RTC 1984/41); STS de 17 de diciembre de 1999 (RJ 2000/522).

¹⁷⁴ FERRANDO GARCÍA, F., *op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁵ BAYLOS GRAU, A., Y VALDÉS DE LA VEGA, B., *op. cit.*, p. 81; GOÑI SEIN, J.L., *Límites...*, cit., p. 9 y 10; TÁRRAGA POVEDA, J., *op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁶ GOÑI SEIN, J.L., *Límites...*, cit., p. 10; FERRANDO GARCÍA, F., *op. cit.*, pp. 40 y 41.

¹⁷⁷ GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad...*, cit., p. 448; TÁRRAGA POVEDA, J., *op. cit.*, p. 3; LAHERA FORTEZA, J., *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁸ No nos referiremos a otras hipótesis de eventual responsabilidad derivadas de la actividad deportiva, como son los daños ocasionados a los espectadores o los daños causados a un deportista por un espectador. En todo caso, sobre este tema puede consultarse la tesis doctoral de CASADO ANDRÉS, B., *Daños causados a espectadores y terceros con ocasión de la práctica deportiva*, Universidad de Salamanca, 2014, disponible en

y cuando aquéllos sean consecuencia de una conducta conforme a las reglas del juego¹⁸⁰ o, en otras palabras, cuando se han originado dentro de los límites normales del deporte¹⁸¹. Esta conclusión se impone como necesaria, toda vez que el deporte es una actividad tutelada y promovida por la CE, como lo manifiesta su artículo 43.3: “los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”¹⁸².

El daño sufrido por un deportista en el marco de una competición y dentro de las reglas de la disciplina respectiva, en consecuencia, no se repara. Se trata de un daño justo que debe soportar quien lo experimenta. De ahí que sea necesario conocer los presupuestos que permiten concluir tal aseveración.

De esta forma, es cuestión central determinar cuáles son los daños que constituyen riesgos típicos o normales de la práctica deportiva, dado que ellos

http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125518/1/DDP_CasadoAndr%C3%A9s_Espectador.pdf (visita 08 septiembre 2015), dirigida por el catedrático EUGENIO LLAMAS POMBO.

¹⁷⁹ Por ello se ha afirmado la “escasa incidencia de la exigencia de la responsabilidad civil en el ámbito deportivo”. En este sentido, DE LA TORRE OLID, F., “Derecho y deporte. Particular referencia a los accidentes deportivos. Responsabilidad civil y riesgos en el deporte”, en *RJD*, N°24 (2008), BIB 2008/2175, disponible en www.westlaw.es (visita 05 enero 2010), pp. 14 y ss.

¹⁸⁰ VERDERA SERVER, R., “Una aproximación a los riesgos del deporte”, en *InDret*, 1/2003, disponible en www.indret.com (visita 05 enero 2010), p. 11.

¹⁸¹ PIÑEIRO SALGUERO, J., “Accidentes deportivos: lesiones consentidas”, en *InDret*, 3/2005, disponible en www.indret.com (visita 05 enero 2010), p. 41; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 343.

¹⁸² Debe destacarse el sentido y alcance de esta norma constitucional, que es puesto en su real dimensión por la STS de 23 de marzo de 1988 (RJ 1988/1702), en su considerando séptimo: “la Constitución Española de 1978, en su artículo 43-3, no consagra ciertamente un «derecho al deporte», sino que únicamente establece su «fomento público», pero la inclusión del fenómeno del deporte en el Texto Constitucional no entraña únicamente un significado simbólico pues origina unas consecuencias jurídicas; el poder constituyente, al comprender la importancia del «hecho deportivo» en la sociedad moderna y recogerlo así en la norma suprema, ha manifestado su criterio de que el deporte, como las demás instituciones del país, debe empaparse de los principios sustanciales de la Constitución, lo cual ha tenido una importante repercusión dentro del ordenamiento jurídico-deportivo; se trata de amparar una actividad de indudable utilidad pública, y que forma parte del conjunto de elementos que tienden no sólo ya a proporcionar medios materiales a los ciudadanos, sino a mejorar la calidad de su vida cotidiana; la circunstancia de que la disposición que establece el deber de fomento del deporte es un apartado del precepto donde se reconoce el derecho de todo ciudadano a la protección de su salud y, en buena medida el apartado que alude al «fenómeno deportivo» está imbuido del espíritu de todo el artículo 43, la protección a la salud, lo cual sólo se puede lograr mediante el deporte activo y cuanto más extendido mejor, es decir, mediante el deporte popular...”.

no se indemnizan¹⁸³. Así, el considerando quinto de la STS de 22 de octubre de 1992¹⁸⁴ –que constituye el *leading case* sobre la materia–, estableció que “en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar –roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.–, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas”. En este entendido, son riesgos normales o típicos de la práctica deportiva los que son inherentes al deporte en cuestión¹⁸⁵, quedando al margen de ellos los provenientes de actos negligentes, dolosos, brutales o que no estén relacionados con las exigencias de la competición¹⁸⁶.

La conceptualización del riesgo inherente supone considerar una conducta responsable del autor del daño, entendiéndose por tal aquella que es consecuencia de una acción permitida por la regulación deportiva, las reglas de la prudencia o los usos del deporte¹⁸⁷. Por ello, se ha resuelto que “la imputación de responsabilidad debe de hacerse en función y beneficio de una práctica deportiva, comúnmente aceptada, tomando como medida de diligencia, exigible al tenor del artículo 1104 del Código Civil, la del buen deportista, que no se fundamenta necesariamente en un juicio de calidad, sino en un firme compromiso con las reglas del juego y en el respeto a quienes con él compiten o juegan, incluso si se trata de deportes de alto grado de violencia,

¹⁸³ En este sentido, entre otros, VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 4; PIÑEIRO SALGUERO, J., *op. cit.*, p. 27; MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 254; DIEZ BALLESTEROS, J.A., “La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (un estudio jurisprudencial)”, en *AC*, N°37 (2000), La Ley 1930/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 06 enero 2010), p. 3.

¹⁸⁴ RJ 1992/8399.

¹⁸⁵ SOLÉ FELIU, J., “Comentario a STS de 31 de mayo de 2006”, en *CCJC*, N°74, mayo/agosto 2007, p. 882; PIÑEIRO SALGUERO, J., “Avila v. Citrus Community College District: ¿hasta dónde llega la asunción del riesgo en el deporte?”, en *InDret*, 3/2006, disponible en www.indret.com (visita 15 enero 2010), p. 2.

¹⁸⁶ MEDINA ALCOZ, M., *op. cit.*, pág. 254; PIÑEIRO SALGUERO, J., *Avila...*, cit., pp. 2 y 8; DIEZ BALLESTEROS, J.A., *op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁷ PIÑEIRO SALGUERO, J., *Avila...*, cit., p. 12.

sobre la base de que no se juega para hacer daño, aunque éste se pueda producir, sino para participar, competir y ganar, en su caso”¹⁸⁸.

En base a lo anterior, para que el deportista no responda del daño inferido a la víctima como consecuencia de la práctica de un deporte, es menester que haya adoptado una conducta que evite la creación de un riesgo irrazonable para el resto de los participantes¹⁸⁹. Ello, porque incurrirá en responsabilidad si ha intensificado, incrementado o agravado el riesgo por su accionar¹⁹⁰. Tal circunstancia se presenta, por ejemplo, en los deportes de esquí, cuando el esquiador colisiona a otro por no ajustar su velocidad a la propia pericia y a las condiciones de la pista¹⁹¹. Así ocurrió en el caso resuelto por la AP de Huesca, en sentencia de 05 de abril de 2001¹⁹², que tenía por presupuesto fáctico la colisión de una esquiadora que venía descendiendo a un *pister* del respectivo centro deportivo. Se consideró que existió responsabilidad de ésta, dado que la causa del accidente fue precisamente la conducta de la esquiadora, quien “debió tomar la dirección y velocidad que no pusiera en riesgo la seguridad de quienes, como el demandado, estaban en la pista por debajo de ella... “. Un caso similar fue conocido por la AP de Cantabria, en sentencia de 22 de enero de 2003¹⁹³, la cual responsabilizó de la colisión al esquiador que venía en descenso, ya que “... tenía una perfecta visión de la pista y de los esquiadores que delante de él se deslizaban y si hubiera actuado con el debido cuidado o hubiera moderado la velocidad podía haber esquivado al actor y no se lo hubiera llevado por delante...”.

Debe destacarse que la diligencia del buen deportista es menor que la del buen padre de familia¹⁹⁴, en atención a que en el ámbito deportivo ciertas conductas

¹⁸⁸ STS 09 de marzo de 2006 (RJ 2006/1882). En el mismo tenor, SAP Cádiz de 30 de marzo de 2007 (La Ley 334635/2007).

¹⁸⁹ PIÑEIRO SALGUERO, J., *Avila...*, cit., p. 11.

¹⁹⁰ VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 4; SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 882; DIEZ BALLESTEROS, J.A., *op. cit.*, p. 3.

¹⁹¹ LAMARCA I MARQUÉS, A., “Accidentes de esquí. Guía de jurisprudencia. Segunda edición”, en *InDret*, 1/2004, disponible en www.indret.com (visita 15 enero 2010), p. 8.

¹⁹² AC 2001/2063.

¹⁹³ JUR 2003/147892.

¹⁹⁴ MEDINA ALCOZ, M., *op. cit.*, pp. 248 y ss.; PIÑEIRO SALGUERO, J., *Avila...*, cit., p. 12. Sobre el particular, se ha señalado que “... la conducta del deportista no puede ser apreciada con arreglo al patrón común del *bonus pater familiae*, sino al de otro muy distinto, a tono con las

generadoras de daños, intrínsecamente imprudentes y que originarían una respuesta indemnizatoria en la vida ordinaria, no tienen relevancia desde el prisma de la responsabilidad civil. Ello es así porque no existe una relación exacta entre el incumplimiento de la normativa y las causas de responsabilidad, dado que la infracción leve de la reglamentación deportiva no tiene porqué implicar necesariamente el nacimiento de una obligación indemnizatoria¹⁹⁵, siempre y cuando se lleven a cabo mediante comportamientos considerados como habituales en la correspondiente modalidad deportiva¹⁹⁶. Lo anterior se ve corroborado por las características propias de deportes como el fútbol, el balonmano o el baloncesto, que implican choques y golpes frecuentes, que se ven incrementados por el ímpetu y las ansias de ganar de los jugadores¹⁹⁷.

Sobre este punto, la SAP de Sevilla de 12 de mayo de 2000¹⁹⁸ dictaminó que “... no puede extraerse la consecuencia de que en un juego como el de una jugada antirreglamentaria *per se* tenga que dar lugar a responsabilidad... no le es imputable a título de culposo o negligencia el acto que originó la pérdida de las dos piezas dentarias, ya que ni del acta arbitral ni de ninguna otra de las pruebas practicadas se deriva que en la conducta del demandado reprochable, reglamentaria y deportivamente se extralimitase de un trance del juego, en cuanto tal evento no es en realidad otra cosa que una consecuencia, desgraciada y siempre sentida, de este tipo de deporte... ”.

No obstante, debe hacerse una prevención. Efectivamente, la diligencia del buen deportista no coincide con la del buen padre de familia en los deportes de riesgo bilateral¹⁹⁹, que son aquellos en los que existe un enfrentamiento físico entre los contendientes, sea directo o a través de los instrumentos utilizados,

especiales y superiores exigencias implicadas por la actividad deportiva: el del deportista diligente y prudente según el deporte en cuestión” (TRIGO REPRESAS, F., “Responsabilidad derivada del deporte-espectáculo”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (directores ALBERTO BUERES Y AÍDA KEMELMAJER), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 821”).

¹⁹⁵ PIÑEIRO SALGUERO, J., *Accidentes...*, cit., p. 35; VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 11; MEDINA ALCOZ, M., *op. cit.*, pp. 249 y ss.

¹⁹⁶ PIÑEIRO SALGUERO, J., *Responsabilidad civil y deporte*, tesis doctoral, disponible en www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0710109-095336/tjps.pdf (visita 19 de mayo de 2010), p. 250.

¹⁹⁷ *Ídem.*

¹⁹⁸ AC 2000/1174.

¹⁹⁹ MEDINA ALCOZ, M., *op. cit.*, p. 252.

así como aquéllos en que la actividad deportiva exige o produce, con normalidad, el contacto físico²⁰⁰. Pero ello no acontece en los deportes de riesgo unilateral, en donde el contacto físico es ajeno a la normalidad del riesgo desencadenado, en el cual la diligencia exigible es precisamente la del *bonus pater familiae*²⁰¹. Lo anterior se justifica en la circunstancia de que en los deportes que se practican individualmente y no hay competición, “la relevancia de las reglas del juego se concreta de modo aún más claro en el respeto de las reglas de prudencia habituales en quienes practican ese deporte”²⁰².

Así, la AP de La Rioja, al enjuiciar la responsabilidad de un esquiador que colisionó violentamente a otro, apreció la negligencia del causante del daño a la luz del artículo 1902 CC, ya que “... la lesionada se encontraba detenida o próxima a la detención, en un lugar en el que necesariamente debía aminorar la velocidad o estar detenida y que es violentamente golpeada por otro esquiador que ni siquiera se apercibe de su presencia, signo inequívoco de falta de atención en el ejercicio de una actividad que, desde luego, la exige. El desarrollo de una práctica de riesgo como la contemplada en este proceso no permite asumir que pueda desarrollarse de cualquier manera y sin adoptar ciertas precauciones...”²⁰³.

²⁰⁰ MEDINA ALCOZ, M., *op. cit.*, p. 237.

²⁰¹ MEDINA ALCOZ, M., *op. cit.*, p. 252. Pareciere afirmar lo mismo ORTÍ VALLEJO, al indicar que nada impide acudir a instituto de la responsabilidad civil “cuando el accidente del deportista sea debido a la conducta imprudente de otro deportista o jugador (ORTÍ VALLEJO, A., “La jurisprudencia sobre responsabilidad civil deportiva”, en *Ar. Civ.*, 1/2004, BIB 2001/4, disponible en www.westlaw.es (visita 05 enero 2010), p. 7. El mismo autor enfatiza esta idea al aplicar a este supuesto los criterios generales de responsabilidad de los artículos 1902 y 1104 CC (ORTÍ VALLEJO, A., “Responsabilidad civil en la práctica de actividades de riesgo”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinador L. FERNANDO REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 336 y 337. Sin embargo, se ha refutado esta afirmación sosteniendo que “... también es posible que en estos deportes de riesgo unilateral el grado de diligencia exigido a los deportistas sea menor y que se aprecie asunción del riesgo en choques entre deportistas, siempre que éstos sean causados por una leve negligencia de alguno de ellos. Fuera del formalismo de la clasificación entre deportes de riesgo recíproco y unilateral, a nadie es ajena la posibilidad de sufrir un contacto con otro esquiador o patinador, sin necesidad de que ninguno de ellos realice un comportamiento claramente negligente... (PIÑEIRO SALGUERO, J., *Responsabilidad civil...*, cit., p. 274)”.

²⁰² VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 12.

²⁰³ SAP La Rioja de 19 de octubre de 2001 (JUR 2002/16422). En sentido similar, SAP Huesca de 05 de abril de 2001 (AC 2001/2063) y SAP Cantabria de 22 de enero de 2003 (JUR 2003/147892).

Como señalábamos anteriormente, la conceptualización de los riesgos normales o típicos de la práctica deportiva excluye a los daños provenientes de actos negligentes, dolosos, brutales o que no estén relacionados con las exigencias de la competición. Se tratarían de daños provenientes de riesgos anormales y, por tanto, excluidos del potencial exoneratorio de la asunción del riesgo²⁰⁴ en materia civil, sin perjuicio del reproche penal que pueda determinarse. Son daños de esta clase la fractura mandibular que sufrió un jugador por un puñetazo por la espalda propinado por un jugador rival²⁰⁵ o ejecutado de manera contundente, intencionada, absolutamente gratuita y desproporcionada con el desenvolvimiento de la jugada²⁰⁶; las lesiones provocadas por propinar un cabezazo a un adversario durante un partido de fútbol, pero no durante un lance de juego²⁰⁷; y, las lesiones provocadas por un codazo a un rival, sin mediar disputa del balón²⁰⁸.

El problema de determinación de si un daño ocasionado por un deportista con ocasión de la práctica deportiva es o no reparable, puede vislumbrarse en su mayor intensidad en aquellas situaciones intermedias en que se produce un daño y la conducta del autor no es constitutiva de negligencia grave o dolo. Se han entregado los siguientes parámetros para saber si tal conducta es o no generadora de responsabilidad²⁰⁹: a) si la lesión ha sido o no causada durante y a consecuencia de la práctica deportiva; b) si se ha cumplido la reglamentación deportiva; c) si hay infracción a la normativa, determinar si dicho comportamiento es habitual o no en la respectiva disciplina deportiva; d) analizar la gravedad de la lesión causada; e) examinar la intención del causante de la lesión.

El fundamento de la exclusión de responsabilidad civil²¹⁰ del deportista lo encontramos, principalmente²¹¹, en la institución de la asunción de riesgos²¹².

²⁰⁴ SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 883.

²⁰⁵ SAP Madrid de 26 de abril de 2007 (JUR 2007/211110).

²⁰⁶ SAP Navarra de 02 de mayo de 2002 (ARP 2002/573).

²⁰⁷ SAP Barcelona de 23 de abril de 2002 (JUR 2002/177137).

²⁰⁸ SAP Cádiz de 27 de julio de 2001 (ARP 2001/765).

²⁰⁹ PIÑEIRO SALGUERO, J., *Avila...*, cit., p. 12.

²¹⁰ Nuevamente en esta sede se discute si la conducta del deportista carece de reprochabilidad por no ser antijurídica o porque no puede serle imputable objetivamente al mismo. Por la falta de antijuridicidad se pronuncia BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit.,

En un sentido propio, la asunción del riesgo “es una causa de exoneración de la responsabilidad en virtud de la cual la víctima acepta participar en una actividad y exponerse al riesgo de sufrir determinados daños inherentes a ella, por cuya producción el demandado tendría que responder si la víctima no hubiese asumido el riesgo²¹³.

Este concepto restringido permitiría distinguirla de otras figuras que pueden también conducir a la exoneración de responsabilidad en sede deportiva, tales como la culpa de la víctima o el consentimiento del perjudicado. Se diferenciaría del consentimiento del perjudicado en que en la asunción de riesgos no hay aceptación de un daño actual, sino que sólo aceptación de exponerse a un daño eventual²¹⁴. Y sería distinta de la culpa de la víctima, por cuanto esta última exige una conducta que se puede calificar como negligente o imprudente; en cambio, la asunción del riesgo exige un comportamiento diligente de la víctima²¹⁵. Más aún, la culpa concurrente del perjudicado no excluye totalmente la responsabilidad del autor del daño, en la asunción del riesgo si²¹⁶.

Finalmente, los requisitos para hacer procedente la asunción de riesgos en materia deportiva serían los siguientes: a) que la práctica habitual del deporte comporte riesgos para la integridad física del deportista; b) que los riesgos

pp. 330 y ss.; SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, pp. 878 y 879. Por la imposibilidad de imputar objetivamente el hecho dañoso al agente: SALVADOR CODERCH, P., y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad (tercera edición)”, en *Indret*, 1/2006, disponible en www.indret.com (visita 20 marzo 2010), p. 17; VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 8.

²¹¹ Es el principal criterio de resolución de accidentes deportivos (PIÑEIRO SALGUERO, J., *Accidentes...*, cit., p. 41). En la misma idea, lo afirmado por TRIGO REPRESAS, siguiendo las directrices de LUIS MARÍA REZZÓNICO, “la irresponsabilidad en los accidentes deportivos resulta de la concurrencia de diversos elementos: la licitud del juego o deporte mismo; el consentimiento de la víctima para exponerse y someterse a los riesgos inherentes al deporte que practica; la ausencia de dolo, culpa u otra circunstancia que comporte la responsabilidad del autor del daño; y finalmente la observancia de las reglas, pragmáticas o cánones del juego o deporte de que se trate (TRIGO REPRESAS, F., *op. cit.*, p. 821)”.

²¹² Como se desprende de la STS de 22 de octubre de 1992 (RJ 1992/8399) y las sentencias que la siguen. Y por lo dicho por la doctrina: MEDINA ALCOZ, M., *op. cit.*; Díez BALLESTEROS, J., *op. cit.*; VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, pp. 7 y ss.; SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, pp. 879 y ss.; PIÑEIRO SALGUERO, J., *Responsabilidad civil...*, cit., pp. 100 y ss., entre otros.

²¹³ SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, pp. 885 y 886.

²¹⁴ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 330 y 331; Díez BALLESTEROS, J., *op. cit.*, p. 20; SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 885.

²¹⁵ Díez BALLESTEROS, J., *op. cit.*, p. 22; VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 11; SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 883.

²¹⁶ VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 11; SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 883.

sean conocidos por quienes lo practican; y, c) que se concrete el riesgo en una acción que no exceda de los límites normales de la actividad²¹⁷.

2.1.5.- Daños ocasionados al derecho al honor en el ejercicio de la libertad de información

El artículo 18.1 CE “garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Asimismo, el artículo 20.1 letra d) CE reconoce y protege el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Es frecuente la colisión entre estos derechos, no pudiendo dar una respuesta absoluta sobre cual de ellos debe prevalecer siempre, desde que son derechos constitucionalmente reconocidos con idéntico rango.

El derecho al honor se ha conceptualizado como “la dignidad de la persona reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona”²¹⁸. En consecuencia, este derecho se compone de dos aspectos: uno subjetivo, interno o inmanente, que atiende a la consideración de la persona en sí misma, y otro objetivo, externo o trascendente, que se refiere a la reputación del sujeto o la consideración de los demás²¹⁹. Se trata de un derecho de contenido eminentemente reaccional, pues su titular sólo siente la necesidad de acudir a los tribunales para obtener su respeto una vez que éste ha sido

²¹⁷ PIÑEIRO SALGUERO, J., *Accidentes...*, cit., p. 6. En sentido similar, BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 343. En forma general, SOLÉ FELIU señala que “para que la asunción del riesgo produzca plenos efectos exoneratorios es preciso, en primer lugar, que la víctima conozca y comprenda los riesgos, en segundo lugar, que los consienta libremente y, en tercer lugar, que el daño sufrido pueda imputarse objetivamente al tipo de riesgo o riesgos asumidos por la víctima (SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 886)”.

²¹⁸ STS 24 de septiembre de 2009 (La Ley 184084/2009).

²¹⁹ En este sentido y a modo ejemplificativo, STS de 28 de octubre de 2009 (La Ley 200549/2009) y STS de 18 de diciembre de 2009 (La Ley 217908/2009). *Vid.*, MACÍAS CASTILLO, A., “Derecho al honor y libertad de expresión e información”, en AC, N°18 (2006), pp. 2335 y ss.; FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A., “La protección penal o civil del honor”, en *DLL*, N°6744 (2007) La Ley 2356/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 26 mayo 2010), p. 3; MOLINER NAVARRO, R., “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 35 y ss.; JIMÉNEZ LINARES, M.J., “Comentario a sentencia de 20 de julio de 2005 (RJ 2005/5850)”, en *CCJC*, N°71 (2006), p. 1901; CALLEJO CARRIÓN, S., “El derecho al honor: actualidad y crisis del concepto”, en AC, N°14 (2005), La Ley 1479/2005, disponible en www.laleydigital.es (visita 26 mayo 2010), p. 24.

violentado, agredido o menoscabado²²⁰. Asimismo, constituye un concepto jurídico indeterminado, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento²²¹.

Pues bien, concurriendo determinados requisitos y circunstancias, se acepta que el derecho al honor de una persona sea vulnerado por el legítimo ejercicio de la libertad de información, sin que aquél que lo sufre pueda obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por tal transgresión. Estamos en presencia, nuevamente, de un daño no reparable. Esta conclusión se ha impuesto mediante la evolución de la doctrina constitucional en la materia, distinguiéndose tres fases: la primera, caracterizada por la prevalencia del derecho al honor; la segunda, que es una etapa de ponderación de los bienes en pugna; y, la tercera, que le atribuye una posición preferente a las libertades de expresión e información²²².

Entonces: ¿cuáles son las condiciones que permiten hacer prevalecer a la libertad de información respecto del derecho al honor? Remitámonos a lo resuelto por el TS en sentencia de fecha 31 de julio de 1998²²³: “si bien es cierto que el artículo 20 constitucional reconoce y protege los derechos a la libertad de expresión e información, no lo es menos que tales derechos no pueden ejercerse de manera incondicional o absoluta ya que el mismo precepto, en su número 4, establece que esas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, los cuales, se encuentran garantizados en el constitucional artículo 18 y su protección jurisdiccional, en el ámbito civil, se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo. En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al

²²⁰ MACÍAS CASTILLO, A., *Derecho...*, cit., p. 2235; MOLINER NAVARRO, R., *op. cit.*, p. 23. En este sentido, fundamento de derecho tercero SAP Castellón de 09 de abril de 2001 (La Ley 75886/2001).

²²¹ SAP Madrid de 26 de febrero de 2007 (La Ley 35117/2007) y 24 de junio de 2005 (La Ley 142446/2005). *Vid.*, CALLEJO CARRIÓN, S., “El derecho al honor a la vista de las últimas sentencias del Tribunal Supremo: estado de la cuestión”, en *AC*, N°9 (2010), La Ley 2436/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 26 mayo 2010), p. 1; MACÍAS CASTILLO, A., *Derecho...*, cit., p. 2235; MOLINER NAVARRO, R., *op. cit.*, p. 23.

²²² *Vid.*, ESPÍN ALBA, I., Comentario a sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de julio de 1995, en *RDP* (1996), p. 688; CALLEJO CARRIÓN, S., *El derecho al honor a la vista...*, cit., p. 4.

²²³ RJ 1998/6932.

honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación:

- que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos;
- que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1, d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen,
- que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad,
- que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte, y la libertad de información, de la otra,
- que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueran los usos sociales del momento, y

- que información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa...»²²⁴.

En consecuencia, las condiciones fundamentales que deben concurrir para sacrificar el derecho al honor frente a la libertad de información son dos: el interés público de la noticia y la veracidad de la información²²⁵.

El primero de los requisitos exigidos se fundamenta en la relevancia pública que la libertad de información aporta al Estado de Derecho²²⁶, que permite conformar una opinión pública libre. Este interés social debe considerar la trascendencia pública de la noticia o su proyección sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad pública²²⁷. Así, se ha considerado de trascendencia pública la conducta de un juez en relación con el terrorismo²²⁸; el incremento del patrimonio del presidente de una Diputación Provincial durante el ejercicio del cargo público y su intervención ante otros poderes públicos a favor de determinadas personas²²⁹; la narración de hechos o sucesos de relevancia penal, aún cuando todavía no se hayan judicializado

²²⁴ En el mismo sentido, SAP Las Palmas de 15 de julio de 2005 (AC 2005/1535).

²²⁵ Vid. CALLEJO CARRIÓN, S., *El derecho al honor a la vista...*, cit., p. 4; FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, p. 2; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Relevancia jurídico-penal del conflicto entre honor y libertades de expresión e información”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº19/2005, BIB 2005/2682, disponible en www.westlaw.es (visita 26 mayo 2010), p. 12; JIMÉNEZ LINARES, M.J., *op. cit.*, pp. 983 y ss.; GRIMALT SERVERA, P., “Comentario a sentencia de 30 de marzo de 2001”, en *CCJC*, Nº57 (2001), pp. 820 y ss.; ROMERO COLOMA, A.M., “La libertad de información y el requisito de la veracidad: planteamiento y crítica”, en *AA*, Nº6 (2001), p. 155; LETE ACHIRICA, J., “Colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y a la intimidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 31 de diciembre de 1996”, en *RDP*, 1998, pp. 333 y ss.; ESPÍN ALBA, I., *op. cit.*, p. 690; CUCHI DENIA, J., “La libertad de información versus el derecho al honor. ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera?”, en *RGD*, 1996, pp. 3498 y ss.; GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F., “Libertad de información y derechos de la personalidad”, en *Justicia*, 88, pp. 826 y ss.

²²⁶ MACÍAS CASTILLO, A., *Derecho...*, cit., p. 2238.

²²⁷ Vid. STS de 20 de octubre de 2009 (RJ 2010/659).

²²⁸ STS de 26 de noviembre de 2009 (RJ 2010/147). En el caso enjuiciado, el director de un programa de radiodifusión puso de manifiesto que una persona que intervino en el mismo en calidad de participante en una tertulia sobre temas públicos, en la que se presentaba sin ocultar su condición de juez, había negado, faltando a la verdad, haber publicado artículos en medios periodísticos afines a organizaciones ilegalizadas por connivencia con el terrorismo. La STS señala textualmente que “es lícito... relacionar una conducta que puede ser expresiva de una falta de probidad con la condición de juez de quien incurre en ella sin ocultar su carácter, pues, como ha quedado indicado en anteriores razonamientos, la crítica al prestigio profesional, cuando es justificada y tiene carácter veraz, no puede considerarse como atentatoria al honor de la persona”.

²²⁹ STS de 20 de octubre de 2009 (RJ 2010/659).

(“crónica de sucesos”) o cuando sí lo hayan sido (“crónica de tribunales”)²³⁰; los fuertes lazos de amistad de un sujeto perteneciente a un cuerpo policial con otros compañeros procesados y condenados en un caso de mafia policial²³¹; la actitud antisindical de un Inspector Técnico del Ministerio de Educación²³², entre otros.

La veracidad de la información constituye el segundo presupuesto y, probablemente, el más controvertido en cuanto a su configuración. Conforme a la constante doctrina del TC, se ha entendido por información veraz a aquella “comprobada según las cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias, y quedando incluida la información errónea, es decir, aquélla que proporciona hechos no veraces, cuando el informador cumplió con su especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional”²³³.

De esta manera, este requisito está relacionado con un estándar de diligencia en la comprobación de la certeza de la información más que como exigencia de veracidad en sí misma²³⁴, lo que ha llevado a algunos a afirmar que el TC ha hecho equivalentes “información veraz” e “información falsa pero diligentemente contrastada”²³⁵. Este aserto tendría su raíz en un concepto equívoco de libertad de información que “desvía el objeto del debate desde el análisis de la verdad o falsedad de lo que se ha publicado al del estado mental y precauciones adoptadas por el demandado”²³⁶. Más aún, esta doctrina del TC ha sido calificada de “radicalmente errónea”²³⁷, ya que, según algunos, la

²³⁰ STS de 08 de julio de 2004 (RJ 2004/5114).

²³¹ STS de 25 de noviembre de 1995 (RJ1995/8716).

²³² STS de 31 de julio de 1998 (RJ 1998/6932).

²³³ SAP Madrid de 13 de septiembre de 2005 (JUR 2005/219913)

²³⁴ ROMERO COLOMA, A.M., *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 56 y 57.

²³⁵ SALVADOR CODERCH, P., y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 14 y 53.

²³⁶ SALVADOR CODERCH, P., “Comentario a STS de 25 de marzo de 1991”, en *CCJC*, N°26, abril/agosto 1991, p. 448.

²³⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., “La Constitución, el honor y unos abrigos”, en *DLL*, 1996, La Ley 22074/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 30 junio 2010), p. 1.

Constitución no protege a las informaciones diligentemente contrastadas cuando son objetivamente falsas²³⁸.

No obstante, de las decisiones del Tribunal Constitucional se impone la necesidad de distinguir la verdad de la veracidad²³⁹, puesto que no se exige una realidad incontrovertible o la total exactitud o adecuación entre los hechos y la información que sobre él se publique²⁴⁰. La justificación la encontramos en que sólo no existe protección constitucional para “los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado...”²⁴¹.

Tampoco se exige una verdad objetiva²⁴², sino sólo la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto, ya que, de lo contrario, se estaría privando de protección constitucional a aquellas informaciones que puedan resultar erróneas, no obstante haber actuado con una razonable diligencia exigible²⁴³.

Por lo tanto, el presupuesto de la veracidad debe analizarse al amparo de los cánones de la profesionalidad informativa. Sobre el contenido y conceptualización de esta diligencia profesional, son prístinas las ideas que señala el ATC de 10 de noviembre de 2008: “... la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse *a priori* y con carácter

²³⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., *La Constitución...*, cit., p. 8.

²³⁹ En este sentido, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La ley del honor, veinte años después”, en *DLL*, N°5591 (2002), La Ley 2310/2002, disponible en www.laleydigital.es (visita 30 junio 2010), p. 7; JIMÉNEZ LINARES, M.J., *op. cit.*, p. 985.

²⁴⁰ Así, entre otras, STC de 03 de julio de 2006 (RTC 2006/216); STC de 17 de enero de 2005 (RTC 2005/1); STC de 11 de diciembre de 2000 (RTC 2000/297).

²⁴¹ Fundamento Jurídico 4º de la STC de 15 de septiembre de 2003 (RTC 2003/158).

²⁴² SALVADOR CODERCH, P., y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *op. cit.*, p. 26; GRIMALT SERVERA P., “Comentario a STS de 31 de diciembre de 2002”, en *CCJC*, N°61, enero/marzo 2003, p. 390; GARCÍA RUBIO, M.P., “Comentario STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003/645)”, en *CCJC*, N°63, octubre/diciembre 2003, p. 1011; MACÍAS CASTILLO, A., “Derecho a la intimidad y libertad de expresión e información”, en *RPDD*, N°47, marzo 2007, La Ley 1064/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 26 mayo 2010), p. 6.

²⁴³ *Vid.* SANTOS VIJANDE, J.M., “Algunas cuestiones relevantes para la efectividad en la protección jurisdiccional del honor, la intimidad y la propia imagen”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, N°21/2003, BIB 2004/129, disponible en www.westlaw.es (visita 26 mayo 2010), p. 18.

general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre [RTC 1992, 240] , F. 7, y 136/2004, de 13 de julio [RTC 2004, 136], F. 3, entre otras muchas). A este respecto, se han establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional. Entre otros, hemos señalado que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad “cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere” (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, F. 7, y 192/1999, de 25 de octubre [RTC 1999, 192], F. 4). “De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre [RTC 1992, 219], F. 5, ó 28/1996, de 26 de febrero [RTC 1996, 28], F.3)”. “Para comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible, también debe valorarse cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo "la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia" que "la transmisión neutra de manifestaciones de otro" (STC 28/1996, de 26 de febrero). No hay que descartar, además, la utilización de otros criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son "el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc." (STC 21/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 21], F. 6)”. “Finalmente, hemos afirmado que la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino la diligencia al efecto desplegada, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo o forma pueden resultar lesivos del honor de una tercera persona (STC 192/1999, de 25 de octubre, F. 6)”²⁴⁴.

En este entendido, se ha privilegiado a la libertad de información frente al derecho al honor con relación a la difusión de una noticia falsa relativa al desmantelamiento de una supuesta red dedicada a la tramitación fraudulenta

²⁴⁴ RTC 2008/353 AUTO. En sentido similar, *vid.*, JIMÉNEZ LINARES M.J., *op. cit.*, p. 986; GRIMALT SERVERA P., *Comentario... 31 de diciembre de 2002*, cit., pp. 391 y 392.

de permisos de trabajo que tenía lugar en un despacho de abogados de Madrid, apareciendo en los reportajes emitidos imágenes de la fachada del inmueble, de la puerta correspondiente a dicho piso y del buzón en que se veían claramente legibles sus nombres, implicando la información emitida a todos los miembros del despacho, cuando tan sólo uno de ellos fue imputado. El TS rechazó la reclamación de los afectados, señalando que “hubo una labor de indagación y constatación previa, hubo registro policial y detención de uno de los integrantes del despacho profesional, como declara probado la sentencia, y la noticia divulgada por Telemadrid se elabora a partir de los datos proporcionados por la policía entre los que no se incluye el nombre de las personas detenidas, ignorando el de quienes aparecían en el buzón del inmueble (objeto durante breves segundos de imágenes), a las que tampoco se menciona, de tal forma que la actuación del medio informativo debe ser calificada como acorde a las exigencias jurisprudenciales de diligencia en la obtención de la información difundida, con independencia de que con posterioridad se demostrara la inexactitud de su relato (por lo que a las recurrentes se refiere), desde la idea de que tales afirmaciones son inevitables en un debate ...”²⁴⁵.

En el mismo sentido, se concedió posición preferente a la libertad de información frente al derecho al honor del propietario de un canal de televisión local, calificado en el titular de un periódico como uno de los máximos impulsores de un movimiento racista, debido a que el periodista se desplazó al lugar de los acontecimientos, entrevistó a diversas autoridades y personas vinculadas con el evento, entre los cuales se hallaba el actor, cuyas expresiones quedaron recogidas en el bloc de notas del profesional, cuya autenticidad formal y material consideró acreditada la Sala de instancia²⁴⁶.

Finalmente, no existe protección constitucional para las informaciones dolosas, pues no hay cuestión alguna de diligencia en la contrastación de la verdad²⁴⁷.

²⁴⁵ STS de 18 de septiembre de 2009 (RJ 2009/4591)

²⁴⁶ STS de 05 de febrero de 2009 (RJ 2009/1366).

²⁴⁷ SALVADOR CODERCH, P., y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *op. cit.*, p. 33.

Tampoco en las que se vierten con expresiones insultantes o vejatorias, ya que ellos no aportan nada a la información²⁴⁸.

2.1.6.- Daños causados en el ejercicio de la legítima defensa

A diferencia de los códigos civiles que entraron en vigor durante el siglo XX y XXI²⁴⁹, la institución de la legítima defensa no aparece contemplada en el CC como causa excluyente de responsabilidad. No obstante, la doctrina la acepta como motivo de justificación de responsabilidad con base normativa en el artículo 20 N°4 CP²⁵⁰. Esta conclusión se obtiene de la interpretación a *contrario sensu* del artículo 118 del mismo texto, que no menciona a la legítima defensa como una de las hipótesis en que puede generarse responsabilidad civil.

La jurisprudencia también ha aceptado a la legítima defensa como causa de justificación de la responsabilidad civil. El *leading case*²⁵¹ lo constituye la STS de 28 de junio de 1996²⁵². Los hechos son los siguientes: el guardia de una cantera ubicado en un lugar solitario, conocido como “Terreta”, estaba realizando sus labores subido en un montón de arena de unos cinco o seis metros de altura; y aunque estaba acordado que lo hiciera sin armas, se hallaba provisto de una carabina y de una escopeta por su afición a la caza de jabalíes, que solían atravesar aquellos lugares. Poco antes de las 0.30 horas,

²⁴⁸ MACÍAS CASTILLO, A., *Derecho...*, cit., p. 2239; CALLEJO CARRIÓN, S., *El derecho al honor a la vista...*, cit., p. 4.

²⁴⁹ § 227 BGB; artículo 52 Código Suizo de las Obligaciones; artículo 2044 CC italiano; artículo 337 CC portugués; artículo 188 CC brasileño de 2002, entre otros.

²⁵⁰ Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., pp. 299 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 284; PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario artículo 1902...*, cit., p. 1995; LACRUZ VERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, tercera edición revisada y puesta al día por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 2005, p. 445; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 348 y ss.; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 93; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., pp. 113 y 114; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 347 y 348; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, cuarta edición actualizada y revisada, Editorial Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 35 y 36.

²⁵¹ Al efecto, *vid.* BUSTO LAGO, J.M., “Comentario a STS de 14 de junio de 1996”, en CCJC, N°42, septiembre/diciembre 1996, pp. 1155 y ss.; Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 300; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 93. En todos estos textos, por un aparente error de transcripción, se señala como fecha de la sentencia el día 14 de junio de 1996.

²⁵² RJ 1996/4905.

vio acercarse a la cantera una furgoneta que, apagando sus luces, se detuvo a unos cuatro metros del montón, apeándose de ella un hombre que la oscuridad no le permitió en principio identificar, ante cuya inesperada y sigilosa aparición, el procesado hizo dos disparos al aire con su carabina, a los que el desconocido, al tiempo que trepaba a su encuentro, respondió "Terreta, hijo puta, te voy a matar", mientras seguía escalando y llegaba a asir el cañón de la carabina, tratando de arrebatarla al procesado que se oponía a soltarla, empeñándose ambos en una lucha cuerpo a cuerpo. En virtud del forcejeo producido, rodaron un par de metros por el talud, con la carabina entre ellos, que se disparó varias veces, alcanzando tres de ellas al recién llegado. La carabina quedó finalmente en poder del herido, que había logrado arrebatarla al demandado, quien al verse desarmado retrocedió hasta hacerse con la escopeta, y, al tiempo que su contrincante alzándose con la carabina le decía "no dispaes que te mato", el procesado disparó al bulto, causaron la muerte del herido en breves instantes.

En su oportunidad, los tribunales penales absolviéron al causante de la muerte, al considerar concurrente la eximente de legítima defensa. Con posterioridad, la viuda del fallecido demandó la indemnización de los perjuicios en sede civil. El TS, en definitiva, rechazó tal pretensión resarcitoria, señalando que "el carácter antijurídico de la acción, subyacente en la responsabilidad configurada en el artículo 1902 CC, ha de verse eliminado, en su caso, por la legítima defensa..."²⁵³.

Es importante destacar que, pese a que el demandado se opuso a la demanda argumentando que la legítima defensa apreciada en sede criminal excluye no sólo el ilícito penal, sino también el delito civil, el TS desestimó tal excepción. Fundó tal rechazo en el artículo 116.1 LECr, por el cual "la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer". Por lo tanto, la declaración de concurrir la eximente de legítima defensa ante los tribunales penales no vincula al juez civil.

²⁵³ Fundamento de Derecho segundo.

Esto conlleva una ulterior interrogante: ¿pueden los tribunales civiles desconocer la calificación efectuada por el tribunal del crimen en orden a considerar a los hechos dañosos como causados en legítima defensa?

Se ha sostenido que la sentencia penal absolutoria, además de dejar vía libre a la acción civil, permite al juez valorar las pruebas que se hayan practicado sin que los pronunciamientos de la sentencia penal constituyan condicionante alguno. Ello, porque la sentencia penal puede haber considerado que el hecho no es penalmente antijurídico o no ha mediado culpa penal, lo que no impide al juez civil que considere concurrentes la antijuridicidad civil o la culpa extracontractual, dada la menor exigencia con que tales elementos son ponderados en el Derecho de daños²⁵⁴.

En contra, se propugna que en el orden jurisdiccional civil no es posible volver a calificar los hechos que ya fueron enjuiciados en el proceso penal: si la sentencia penal consideró a los hechos como constitutivos de daños causados en legítima defensa, al tenor de las exigencias del artículo 20 N°4 CP, los tribunales de la sede civil no pueden desconocer tal calificación²⁵⁵.

Una conclusión intermedia encontramos en la STS de 05 de mayo de 2008²⁵⁶, en virtud de la cual “toda sentencia firme, aunque no produzca los efectos de la cosa juzgada, genera otros accesorios o indirectos, entre los cuales debe destacarse el consistente en constituir la misma, en un ulterior proceso, medio de prueba calificado de los hechos en ella contemplados y valorados, en cuanto hubieran sido determinantes de su parte dispositiva”. Esta resolución se funda en la doctrina del TC, por la cual son contrarios al principio de la seguridad jurídica y al derecho a la tutela judicial efectiva los pronunciamientos contradictorios de distintos órganos judiciales; lo que no necesariamente

²⁵⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal. Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 73 y 74.

²⁵⁵ BUSTO LAGO, J.M., *Comentario...*, cit., p. 1165.

²⁵⁶ RJ 2008/2947. *Vid.*, asimismo, comentario a la misma sentencia en BOTANA GARCÍA, G.A., “Reclamación de indemnización por lesiones y secuelas padecidas tras sufrir una agresión”, en *RPDD*, N°63 (2008), La Ley 39074/2008, disponible en www.laleydigital.es (visita 18 octubre 2010).

significa que los órganos judiciales deban aceptar siempre los hechos declarados en otra jurisdicción, imponiéndose, en tal caso, la carga de expresar y motivar las razones por las cuales se adopta una decisión contraria²⁵⁷.

Esta solución ecléctica fue recepcionada en la SAP de Madrid de 25 de marzo de 2010²⁵⁸. Un sujeto, encontrándose ebrio, agredía a su compañera sentimental, por lo que los vigilantes del lugar le agarraron por sus brazos para evitar que continuara con la agresión; quién al tiempo que intentaba deshacerse de la presa, golpeaba el mobiliario y manifestaba que le dejaran en paz, que en su país las cosas se arreglaban de otra forma, en referencia al problema existente con su compañera. En ese momento, uno de los vigilantes presionó con más fuerza su brazo para evitar que se escapara, fracturándole el tercio distal del húmero derecho. El vigilante fue absuelto en el juicio penal, por apreciarse la concurrencia de la eximente de legítima defensa. En el juicio civil posterior, si bien no se reconoció el efecto vinculante de la sentencia del proceso criminal, concluyó que la conducta en que incurrió el demandado no supuso exceso alguno de defensa. Apreciamos, así, el carácter calificado de la sentencia dictada en el procedimiento previo, ya que la única prueba rendida en el pleito ulterior fue precisamente el testimonio del proceso penal. Por lo tanto, no aportando ninguna prueba en contrario, debe prevalecer el mérito de la sentencia allí dictada.

En sentido similar se pronuncia la SAP de Madrid de 13 de febrero de 2006²⁵⁹. En ella, se rechaza la apelación deducida por el agredido en atención a que la sentencia de primer grado, luego de proceder a un examen detallado de los hechos, llegó a la conclusión de la inexistencia de los requisitos del artículo 1902 del Código Civil, y, a mayor abundamiento, hace referencia a la sentencia dictada en el juicio criminal, que absolvió al demandante por concurrir la causa de exclusión de responsabilidad de legítima defensa.

²⁵⁷ En este sentido, fundamento jurídico cuarto de la STC de 25 de febrero de 2003 (RTC 2003/34).

²⁵⁸ JUR 2010/195100.

²⁵⁹ JUR 2006/128127.

No obstante, también encontramos sentencias civiles que han desestimado la legítima defensa apreciada en sede penal. Así, la SAP de Asturias de 23 de octubre de 2008²⁶⁰, condenó, entre otros, al vigilante de una discoteca a pagar los perjuicios provocados a una mujer por los fragmentos de una botella de vidrio que impactaron en la cara y ojo de la demandante. Si bien en el juicio criminal se apreció la legítima defensa con que actuó el vigilante frente a un tercero que acometió contra él y sus compañeros blandiendo una barra de hierro, al cual le lanzó una botella de vidrio, no es menos cierto que la perjudicada no fue la causante ni la destinataria de la reacción del guardia. La sentencia rechaza la invocación de tal eximente, ya que "...aún inmerso en el marco de la legítima defensa frente al agresor y si desde el ámbito criminal el medio empleado resultó proporcional, no estaba exento de cierto peligro para terceros, habida cuenta de la presencia muy cercana de diversas personas en el lugar, a lo que debe añadirse que la agresión aún no se había materializado, no siendo imprevisible que se produjese la rotura del vidrio, como así aconteció. Por tanto, el medio empleado aunque proporcional no resultó oportuno, y aun cuando tildásemos de ligera la imprevisión, sí es suficiente para incardinar una culpa estrictamente civil"²⁶¹. A esta decisión se arriba considerando a los hechos enjuiciados como un supuesto de responsabilidad por riesgo, con la consiguiente inversión de carga probatoria, sin que el autor del hecho haya acreditado que realizó todo lo necesario para prevenir el daño.

Esta sentencia es concordante con la opinión de la doctrina, en orden a que si la víctima es un tercero totalmente extraño al suceso, el agente está obligado al resarcimiento de los daños, ya que no concurre la eximente respecto del dañado²⁶².

Finalmente, en cuanto a los requisitos que deben reunirse para que se configure la legítima defensa, habrá que estarse a las previsiones del artículo

²⁶⁰ La Ley 272187/2008.

²⁶¹ Fundamento jurídico segundo.

²⁶² BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad...*, p. 369. En el mismo sentido, FRANZONI, M.: "*Va infine ricordato che la legittima difesa costituisce una eximente solo con riguardo al pregiudizio che l'offeso cagiona all'aggressore, non invece per il danno che la reazione provochi in capo ad un terzo estraneo*" ("Dei fatti illeciti", en *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, (a cura di FRANCESCO GALGANO), Zanichelli Editore y Soc. Ed. del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1993, p. 291)".

20 N°4 CP²⁶³. Por lo tanto, el juez civil deberá analizar en el caso concreto la concurrencia o no de las exigencias de la ley penal sobre el particular.

2.2.- Los daños tolerables en el ámbito de las relaciones de vecindad

Las relaciones de vecindad evocan de inmediato la idea de molestia: nos obliga a soportar y a ser soportados²⁶⁴. El mero contacto que inevitablemente trae aparejado la vida en relación, genera una serie de disgustos que el Derecho sólo debe reprimir cuando su nivel de intolerancia requiera aplicar el principio *alterum non laedere*²⁶⁵. De esta manera, el principio general sería el siguiente: la condición de vecino exige soportar continuas molestias e incomodidades, siempre y cuando ellas no se eleven por sobre los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria²⁶⁶. Por lo tanto, las molestias e incomodidades normales constituyen daños no reparables.

El problema consiste en determinar cuáles son, precisamente, los niveles de tolerancia ordinaria o normal. Como lo adelantaba el profesor ALONSO PÉREZ, dicho criterio “no es un concepto universal y eterno, sino pauta o forma de conducta que exige praxis, medida, valoración de los cambios sociales y zambullido en el oleaje de la vida diaria”²⁶⁷. Entendida la tolerabilidad como un modelo o canon que sirva de referencia jurídica, exige establecerla sobre bases o criterios objetivos: en algunos casos recurriendo a la ciencia, en otros comparándola en relación al individuo medio²⁶⁸.

²⁶³ Entre otros, BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 359; LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pp. 347 y 348.

²⁶⁴ MACÍAS CASTILLO, A., *El daño...*, cit., p. 255.

²⁶⁵ ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 358.

²⁶⁶ *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 272: “... podemos predicar en nuestro ordenamiento, en tema de vecindad y de posibilidades de utilización propia de la finca, una regla de principio según la cual la actividad del dueño u ocupante no podrá ser anormalmente molesta para el vecino o los circunstantes, habida cuenta de la naturaleza de la finca, de las vecinas y del entorno”. En el mismo sentido, PLANIOL y RIPERT: “el propietario puede ser también responsable sin haber incurrido en culpa alguna, por haber usado su derecho de modo excepcional o anormal, ocasionando un perjuicio para el propietario vecino (*Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo III, traducción española de MARIO DÍAZ CRUZ, Cultural S.A., La Habana, 1946, p. 390)”.

²⁶⁷ ALONSO PÉREZ, M., “La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas”, en AC, N°22 (1994), p. 388; LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO A., “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, en AC, N°44 (1998), p. 1071.

²⁶⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Una nueva forma de inmisión: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es”, en AC, N°40 (2001), La Ley 2372/2001, disponible en

El conflicto se agudiza porque, a diferencia de otras legislaciones²⁶⁹, el criterio de la normal tolerabilidad no está recogido en el CC expresamente y con carácter general²⁷⁰. Esta afirmación no es baladí, toda vez que nos presenta dos dificultades: primero, determinar si éste es el parámetro a utilizar para regir de forma general las relaciones de vecindad en el sistema español y, segundo, conocer el contenido de este criterio²⁷¹.

En contraposición a la tesis del abuso del derecho²⁷², pareciere imponerse el criterio de la tolerancia normal en la doctrina mayoritaria²⁷³. Con apoyo en los artículos 590 y 1908 CC, la jurisprudencia también se ha decantado por esta solución. En este orden, se destaca la STS de 12 de diciembre de 1980²⁷⁴, que, sobre el particular, señala "... que el problema de las inmisiones por humos, gases o emanaciones tóxicas, y el resarcimiento de los daños causados por la "inmissio in alienum", concreto aspecto de las relaciones de vecindad, son resueltos en el derecho comparado (art. 844 del C. Civ. Italiano de 1942 y 1346 del Código Portugués de 1966, entre otros) acudiendo a los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las molestias, atendidas las condiciones del lugar y la naturaleza de los inmuebles, criterios a los que también responde

www.laleydigital.es (visita 20 abril 2011), p. 14. *Vid.*, asimismo, MARTÍN BERNAL, M., "El criterio de la normalidad en temas de inmisiones – contaminación acústica (ruido) ¿abuso y/o ejercicio antisocial del derecho?", en AC, N°13 (2004), La Ley 1521/2004, disponible en www.laleydigital.es (visita 18 abril 2011), pp. 12 y ss.

²⁶⁹ Por ejemplo, artículo 844 del Código Civil italiano; artículo 684 del Código Civil suizo; artículo 2618 del Código Civil argentino.

²⁷⁰ NAVARRO MENDIZÁBAL, I., *Las inmisiones y molestias medio ambientales. Tutela preventiva civil*, UPCO–Dykinson, Madrid, 1997, p. 234.

²⁷¹ No obstante, este criterio aparece acogido en algunas compilaciones forales. Así, la Ley 367 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en su letra a), señala que "los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgo a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad". En sentido parecido, el artículo 546-14.1 del Código Civil de Cataluña: "los propietarios de una finca deben tolerar las inmisiones provenientes de una finca vecina que son inocuas o que causan perjuicios no sustanciales. En general, se consideran perjuicios sustanciales los que superan los valores límite o indicativos establecidos por las leyes o los reglamentos".

²⁷² Como lo anuncia LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 270. *Vid.*, asimismo, AMAT LLARI, M.E., "La regulación de las inmisiones en el CC", en *Centenario del Código Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 83 y ss.

²⁷³ ALONSO PÉREZ, M., *La protección...*, cit., pp. 411 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III*, cit., pp. 272 y ss.; NAVARRO MENDIZÁBAL, I., *op. cit.*, pp. 245 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 728, entre otros.

²⁷⁴ RJ 1980/4747.

la Ley 367, párr. 1.º, de la Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra (RCL 1973/408 , 456 y NDL 22212), disponiendo que “los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgo a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad”; y si bien el C. Civ. no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el art. 1902 de dicho Cuerpo legal y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1908, pues regla fundamental es que “la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respecto al vecino determina”, en palabras de la S. de 17 febrero 1968 (RJ 1968/1111), a lo que cabe añadir disposiciones de otra índole como son el Regl. de 30 noviembre 1961 (RCL 1961/1736 , 1923; RCL 1962/418 y NDL 16641), que disciplina las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y el art. 5.º, núm. 2, de la L. de 19 noviembre 1975 (RCL 1975/2335 y NDL 18860 bis), sobre desechos y residuos sólidos...”.

Se ha aplicado el criterio de la normal tolerabilidad en la SAP de Madrid de 23 de julio de 2009²⁷⁵, por la cual se determina que la evacuación de gases de la campana extractora de la cocina hacia el patio de luces de un edificio no propaga sustancias nocivas por encima de lo tolerable, porque es usual que las cocinas tengan instalados sistemas de salida de humos de las campanas extractoras y, además, porque no se ha acreditado “que la rejilla de ventilación tiene una sección excesiva, o que la extracción de los humos y gases de la cocina se hace de una manera excesiva atendiendo a las circunstancias de la ubicación de las viviendas, y que incide de manera gravosa en la vivienda del actor... ”. También en la SAP de Valencia de 06 de octubre de 2008²⁷⁶, por la cual se determinó que el sonido del piano que se escucha en el domicilio de los demandantes no constituye un ruido que exceda de lo tolerable en la convivencia ordinaria, ya que no era insoportable ni estridente, sino atenuado y

²⁷⁵ JUR 2009/455001

²⁷⁶ La Ley 215289/2008

nunca más allá de las diez de la noche. En el mismo orden de ideas, la SAP de Burgos de 23 de septiembre de 2005²⁷⁷ ha resuelto que aunque las plantaciones no respeten los cincuenta centímetros de distancia con la propiedad colindante, de ello no se deriva necesariamente una inmisión intolerable que exceda de lo razonable en las relaciones de vecindad, ya que se trata de una planta trepadora y no un arbusto, cuya finalidad es tanto garantizar la privacidad como el ornato de las propiedades, habiéndose colocado además elementos que impiden que la planta invada de forma relevante y significativa la finca colindante.

Ahora bien, el límite de la normal tolerabilidad lo encontramos en la violación del *alterum non laedere*²⁷⁸: estamos en presencia de un daño tolerable en el ámbito de las relaciones de vecindad cuando éste no alcanza el calificativo de antijurídico²⁷⁹, o sea, aquél comportamiento dañoso que no está justificado por el ordenamiento jurídico y que la víctima no está obligado a soportar²⁸⁰. Por ello, la jurisprudencia, a través de una adecuada interpretación de las normas reguladoras de los artículos 1902 y siguientes CC y de los postulados de la buena fe, que se obtiene por generalización analógica de lo prescrito en los artículos 590 y 1908 del citado texto legal²⁸¹, ha calificado de antijurídico y, en consecuencia, indemnizable, el daño ocasionado por ruidos y vibraciones procedentes de un ascensor comunitario que, significadamente, en horario nocturno, superan los límites máximos considerados tolerables, provocando trastorno del sueño, con síntomas de astenia, cefaleas, irritabilidad y trastorno ansioso-depresivo²⁸²; los perjuicios provocados por las emisiones de partículas procedentes de una fábrica de cemento que generaron la existencia de polvo

²⁷⁷ La Ley 184116/2005

²⁷⁸ ALONSO PÉREZ, M., *Las relaciones...*, cit., p. 358.

²⁷⁹ MACÍAS CASTILLO, A., *El daño...*, cit., pp. 268 y ss.; LLAMAS POMBO, E., "El daño moral derivado del ruido", en *RPDD*, N°37 (2006), La Ley 516/2006, disponible en www.laleydigital.es (visita 20 abril 2011), p. 2. DE CUPIS pone de manifiesto esta calificación al referirse a los daños ocasionados a los vecinos por el ejercicio autorizado de las casas de tolerancia: la autorización administrativa no impide el resarcimiento de los daños ocasionados a los vecinos cuando falta el requisito de la normalidad, dado su carácter antijurídico (DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 99).

²⁸⁰ REGLERO CAMPOS, L.F., *Conceptos... en Lecciones...*, cit., pp. 34 y 35. En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 113.

²⁸¹ Como lo expone, por ejemplo, SAP de A Coruña de 09 de mayo de 2008 (La Ley 124501/2008), siguiendo el camino trazado por la STS de 12 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4747).

²⁸² SAP de Vizcaya de 15 de abril de 2011 (AC 2011/521).

y/o cenizas en chapa y cristales de los vehículos, polvo depositado en paredes de piscinas, micro partículas al parecer cementosas en plástico de invernaderos, barrotes y verjas con la pintura comida, que, en definitiva, causaron un daño material efectivo y un daño moral por el hecho de soportarlos²⁸³; los daños consistentes en la existencia de manchas negruzcas, generalmente de grasa, en paredes y ventana del edificio de los actores, así como en el patio propiedad de los mismos, por la emisión de diversos elementos mezcla de grasas y vahos a través de la salida de humos de la cocina del vecino, que se proyectan sobre el patio, pared y ventana del edificio de los demandantes²⁸⁴.

Finalmente, el criterio de la normal tolerabilidad soluciona los dos problemas principales de las relaciones de vecindad: determina la frontera de las molestias vecinales que deben soportarse (los que constituyen daños no reparables) y, asimismo, sirve de fundamento para el ejercicio de las acciones que defienden el disfrute del derecho real afectado²⁸⁵.

2.3.- Los daños causados con el consentimiento de la víctima

Conforme al principio *volenti non fit injuria*, quien consintió en sufrir los perjuicios que se le han causado, excluye, por tal razón, la obligación indemnizatoria de quién los originó²⁸⁶: es otra clase más de daños no reparables.

No obstante, no se trata de que cualquier consentimiento excluya la responsabilidad civil del dañador, sino que deben cumplirse las siguientes exigencias: a) Que el interesado preste el consentimiento con el conocimiento que resulte exigible atendido los riesgos que corre; b) que el autor de la lesión actúe en interés del lesionado, de acuerdo con la voluntad presumible de éste y

²⁸³ STS de 26 de noviembre de 2010 (La Ley 203299/2010).

²⁸⁴ SAP de Cáceres de 21 de noviembre de 1996 (AC 1996/2258).

²⁸⁵ NAVARRO MENDIZÁBAL, I., *op. cit.*, p. 247.

²⁸⁶ Entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 284; Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., pp. 304 y 305; SANTOS BRIZ, J., *Derecho...*, cit., pp. 83 y 84; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 292 y ss.; LEHMANN, H., *op. cit.*, p. 493.

con las reglas de la diligencia exigible²⁸⁷; y, c) que el consentimiento recaiga sobre bienes, derechos o intereses disponibles²⁸⁸.

Una manifestación concreta de esta causa de daños irreparables la encontramos en el ámbito de la salud. El artículo 15 CE reconoce a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física, protegiéndolo de la injerencia de terceros. Sin embargo, las personas, ejercitando este derecho, pueden consentir en ciertas lesiones constitutivas de agresiones al mismo²⁸⁹: son aquellas amparadas bajo la institución del consentimiento informado.

Conforme al artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Autonomía del Paciente (LAP), el consentimiento informado es “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. Tal es su importancia, que se le ha catalogado como derecho fundamental²⁹⁰, además de considerarse como garantía y elemento integrante del derecho a la integridad física²⁹¹ y moral²⁹² de las personas.

Encuentra su fundamento en el derecho de autonomía y autodeterminación personal de los seres humanos, concretándose en el derecho del paciente a

²⁸⁷ Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 305.

²⁸⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 284; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 297; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, cit., p. 36; LEHMANN, H., *op. cit.*, p. 493.

²⁸⁹ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “El consentimiento informado en el acto médico”, en *RPDD*, N°49 (2007), La Ley 1887/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 agosto 2011), p. 1.

²⁹⁰ STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3): “el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”. En el mismo sentido, STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197). *Vid.* AMAYA RICO, V., “El deber médico de información: un derecho humano fundamental”, en *DLL*, N°5456 (2002), La Ley 2002/2002, disponible en www.laleydigital.es (visita 06 septiembre 2011), pp. 1 y ss.

²⁹¹ STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37). *Vid.* PULIDO QUECEDO, M., “El consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física”, en *AJA*, N°825 (2011), BIB 2011/1135, disponible en www.westlaw.es (visita 06 septiembre 2011), p. 1.

²⁹² DÍAZ MARTÍNEZ, ANA, “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral”, en *Ar. Civ. Merc.*, N°5 (2011), BIB 2011/1116, disponible en www.westlaw.es (visita 06 septiembre 2011), pp. 2 y ss.

elegir un tratamiento u otro, con uno u otro facultativo o, simplemente, no elegir ningún tipo de tratamiento²⁹³. Se trata de una manifestación del principio constitucional de dignidad de la persona, como lo pone de manifiesto la STS de 10 de mayo de 2006²⁹⁴: "... la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril [RCL 1986, 1316]) establece en su artículo 10.5 que el paciente tiene derecho a que "se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento", y es evidente que esta falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social...²⁹⁵".

Para que el consentimiento informado libere de responsabilidad al facultativo, es preciso que la información que reciba el paciente comprenda "... como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus

²⁹³ GARCÍA RUBIO, M.P., "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad médica", en *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinador EUGENIO LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2006, p. 804. En sentido similar, STS de 04 de diciembre de 2009 (La Ley 247749/2009), donde el fundamento de la indemnización es la privación del derecho de autodeterminación, regulándose su monto, entre otros parámetros, por las alternativas posibles de tratamiento; y la STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37), la cual, en su fundamento jurídico quinto, señala que "... de acuerdo con lo expuesto, podemos avanzar que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal...".

²⁹⁴ RJ 2006/2399. Con mayor amplitud, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*, segunda edición, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 158 y ss.

²⁹⁵ En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, M.P., *Incumplimiento...*, cit., p. 805; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *op. cit.*, p. 3.

consecuencias (artículo 4.1 LAP)”, debiendo ser adecuada, verdadera, completa y comprensible²⁹⁶. El TS ha resuelto que la información “... incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva...²⁹⁷”. O, como lo referencia la SAP de Madrid de 23 de febrero de 2009²⁹⁸, al menos debe contener las “características de la intervención quirúrgica; ventajas e inconvenientes de dicha intervención; riesgos de la misma; proceso previsible del post-operatorio y contraste con la residual situación ajena...”.

Determinar el contenido concreto del consentimiento informado es una cuestión que debe apreciarse conforme a un estándar objetivo de actuación profesional, lo que no impide que aquél sea mayor o menor tomando en consideración las circunstancias particulares de la relación médico–paciente²⁹⁹.

Se han planteado dudas acerca de qué clases de riesgos son los que deben informarse. Con base en varias decisiones jurisprudenciales³⁰⁰, algunos sostienen que, generalmente, sólo debe darse noticia de los denominados riesgos típicos³⁰¹, es decir, de aquellos que son normales o comunes al tratamiento o intervención que va a sufrir el paciente³⁰².

²⁹⁶ BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, en *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinador EUGENIO LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2006, pp. 190 y 191. En sentido similar, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, pp. 212 y ss.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial”, en *DLL*, N°7358 (2010), La Ley 191/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 agosto 2011), pp. 7 y 8.

²⁹⁷ STS de 29 de julio de 2008 (RJ 2008/4638).

²⁹⁸ La Ley 44560/2009.

²⁹⁹ GARCÍA RUBIO, M.P., *Incumplimiento...*, cit., p. 806.

³⁰⁰ Entre otras, STS de 17 de abril de 2007 (RJ 2007/3541), que sostiene que “... la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esa obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y el estado actual de la ciencia...”; STS de 07 de junio de 1994 (RJ 1994/4897): “...acreditado el hecho de haber sido informada la recurrente respecto a los riesgos previsibles e inevitables, no habría imputar al doctor A. culpa alguna sobre dicho extremo...”.

³⁰¹ Entre varios, MARTÍNEZ GALLEGU, E.M., “Consentimiento informado”, en *AC*, N°12 (2010), La Ley 4434/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 agosto 2011) p. 3; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pp. 8 y 9. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, p. 216, pero señalando que esta afirmación “no puede considerarse correcta sin matizaciones”. Esta

No obstante, existe otro grupo de sentencias que estiman que el deber de información también alcanza a los riesgos poco probables, siempre que sean previsibles –específicos o genéricos–, típicos de la intervención o derivados de la patología individual del paciente, con independencia de la frecuencia de su materialización y siempre que revistan una cierta importancia³⁰³. Así, en la STS de 30 de junio de 2009³⁰⁴, se resolvió que “... la circunstancia de que el riesgo de una intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo...”³⁰⁵. Más exigente es el criterio esbozado en la STS de 21 de octubre de 2005³⁰⁶, que prescribió que “... la información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención”³⁰⁷. Y, en el mismo sentido, la STS de 12 de enero de 2001³⁰⁸: “... poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal complicación inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió manifestárselo a la enferma”³⁰⁹.

conclusión se obtendría del artículo 10.1 letra c) LAP: “el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: ... c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención”.

³⁰² DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, p. 216.

³⁰³ GARCÍA RUBIO, M.P., *Incumplimiento...*, cit., pp. 808 y 809; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *op. cit.*, p. 194. En sentido similar, MACÍAS CASTILLO, A., “Consentimiento informado en los actos médicos: distinción entre previsibilidad y frecuencia. Análisis de la STS de 30 de junio de 2009”, en AC, N°20 (2009), La Ley 19970/2009, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 agosto 2011), pp. 2 y 3, quien concluye que quedan comprendidos dentro del consentimiento informado los riesgos poco frecuentes.

³⁰⁴ La Ley 112712/2009.

³⁰⁵ La controversia radicaba en si el facultativo había incumplido su obligación de proporcionar información completa a su paciente, por no informarle la lesión que en definitiva sufrió con la intervención. El médico había decidido no informarle tal riesgo, en atención a que la probabilidad de que ello ocurriera era sólo de un 3,5%.

³⁰⁶ La Ley 1930/2005.

³⁰⁷ Con motivo de una cirugía estética, se generó en la paciente una cicatriz queloidea (poros abiertos) en virtud de su predisposición genética. Si bien se señaló que para el médico no existía la posibilidad normal de conocer o averiguar tal complicación del paciente con anterioridad a la intervención, no es menos cierto que la ciencia médica conocía tal posibilidad, no pudiendo ampararse en su baja probabilidad de ocurrencia para omitirla.

³⁰⁸ La Ley 1255/2001.

³⁰⁹ Se trataba de una operación quirúrgica mediante la técnica *Cloward*, consistente en la colocación de injertos liofilizados en los espacios vertebrales C-5/C-6 y C-6/C-7. Es del caso que la paciente resultó con el nervio recurrente dañado como consecuencia de una complicación que es inherente a toda intervención en el cuello, que sólo acontece en el 0,03% de los casos.

En todo caso, se han propuesto varios niveles de información graduales en función de una serie de factores: a) capacidad del paciente para comprender la información y alcanzar una decisión a partir de las consecuencias de ésta; b) deseos de información del paciente; c) necesidad del tratamiento; d) nivel de riesgo que entrañe el tratamiento; e) probables efectos de la información sobre el paciente³¹⁰.

En cuanto al tiempo en que deba facilitarse esta información, se ha entendido que lo debe ser con una antelación suficiente al tratamiento u operación y que le permita reflexionar al paciente sobre lo que crea más conveniente³¹¹: sólo así, entendemos, puede entenderse cumplida la exigencia de prestar un consentimiento libre y voluntario el afectado (8.1 LAP). Lo anterior no significa que aquélla se agota en el momento inicial, sino que se mantiene mientras dure todo el proceso terapéutico, estando obligado el médico a informar cada cierto tiempo, aunque no existan novedades³¹².

Conforme al artículo 8.2 LAP, “el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria

³¹⁰ LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 162 y ss. Le siguen BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *op. cit.*, p. 191 y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, p. 215.

³¹¹ BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *op. cit.*, pp. 188 y 189; MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., *op. cit.*, p. 10. En el mismo sentido, STS de 21 de enero de 2009 (La Ley 597/2009): “... es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atienden durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que puedan adoptar la solución que más interesa a la salud...”. Algunos, incluso, señalan que el plazo razonable es de veinticuatro horas (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 12).

³¹² BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *op. cit.*, p. 189. Así se ha resuelto, v. gr., SAP de Barcelona de 01 de diciembre de 1999 (La Ley 9832/2000): “... este deber de información, que no se agota en un momento determinado como pudiera ser el inicial o aquel en el que se formula el diagnóstico, sino que recorre todo el iter por el que atraviesa la prestación de la actividad médica y que solo puede obviarse cuando la urgencia de la intervención del facultativo sea tal que no permitiera perder unos minutos en esta información previa para salvar una vida, constituye el necesario antecedente para que el enfermo pueda prestar de modo libre y pleno el consentimiento...”. DOMÍNGUEZ LUELMO sostiene que no se agota en el momento inicial, pero sólo debe continuar mientras el enfermo esté al cuidado del médico (DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, p. 229).

y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”³¹³. Se ha resuelto que la exigencia de la constancia escrita no es a título de solemnidad sino *ad probationem*³¹⁴. Asimismo, se ha sostenido que la mera cumplimentación de los formularios ad hoc no implica, necesariamente, el cumplimiento del deber de información por parte del facultativo ni la correlativa prestación del consentimiento informado³¹⁵.

De esta manera, en la medida que se cumplan todos y cada una de los requisitos exigidos para prestar el consentimiento informado, las actuaciones en el ámbito de la salud consentidas por el paciente que le generan daños, no dan derecho a reparación alguna. No cumpliéndose estas exigencias, se genera una obligación indemnizatoria por violación de la *lex artis ad hoc*³¹⁶. Por lo tanto, la nula resarcibilidad de los daños ocasionados con el consentimiento de la víctima encuentra su límite, en definitiva, en la responsabilidad civil.

SEGUNDA PARTE. EL ORIGEN DEL DAÑO LÍCITO REPARABLE. LA INDEMNIZACIÓN DE DERECHO PÚBLICO POR ACTUACIÓN CONFORME A DERECHO

I.- INTRODUCCIÓN

Tal como habíamos adelantado, existen otros daños que responden a una lógica distinta de aquellos calificados como contractuales o extracontractuales. Son ciertos daños que emanan de acciones o conductas conformes a Derecho, caracterizados por la ausencia de transgresión a un deber jurídico, cuya reparación no es una consecuencia necesaria de su producción. Esta

³¹³ Esta norma vino a recoger las ideas y principios que ya estaban consolidados en la doctrina y en la jurisprudencia antes de la promulgación de la LAP: *vid.* LLAMAS POMBO, E., “Validez (*contra legem*) del consentimiento informado en forma verbal”, en *RPDD*, N°73 (2009), La Ley 13206/2009, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 agosto 2011), p. 2.

³¹⁴ Entre otras, STS de 21 de enero de 2009 (La Ley 13206/2009) y las por ella indicadas.

³¹⁵ GARCÍA RUBIO, M.P., *Incumplimiento...*, cit., p. 810; MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., *op. cit.*, p. 10.

³¹⁶ Entre otros, LLAMAS POMBO, E., *Validez...*, cit., p. 3; GARCÍA RUBIO, M.P., *Incumplimiento...*, cit., p. 810; MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., *op. cit.*, p. 12. Entre varias sentencias, STS de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10149); STS 14 de octubre de 2002 (RJ 2003/359); SAP Barcelona 13 de septiembre de 2010 (AC 2010/1702).

indemnización no lo es a título de responsabilidad civil sino que obedece, en principio, a razones de justicia material o de equidad.

Este fenómeno ha sido tratado con más amplitud en el ámbito del Derecho público y, en especial, en el del Derecho administrativo, dada la mayor frecuencia de su ocurrencia³¹⁷. El supuesto típico está dado por todas aquellas situaciones en que debe repararse el daño causado a un particular por parte de la Administración, no obstante haber actuado en el ejercicio legítimo de una potestad pública. Se tratan de intromisiones autorizadas por ley, que si bien ocasionan un daño en el patrimonio del particular afectado, son consecuencias necesarias e inevitables de la actividad administrativa, sin las cuales ésta no se podría llevar a cabo³¹⁸. Por ejemplo, los daños causados por la expropiación³¹⁹ o por la requisa de ciertos bienes o actividades de los particulares con carácter forzoso³²⁰.

De esta manera, nos estamos refiriendo a supuestos de actuación legítima de la Administración que traen aparejada una consecuencia indemnizatoria.

II.- LA INDEMNIZACIÓN DE DERECHO PÚBLICO POR ACTUACIÓN CONFORME A DERECHO

1.- Breves notas sobre el origen, evolución y las teorías que pretenden explicar la indemnización de Derecho público

Que el Estado deba responder por los daños causados por sus órganos no fue una conclusión necesaria ni evidente *ab initio*. Y que deba reparar los daños originados en el ejercicio legítimo de sus potestades públicas, menos.

³¹⁷ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 217.

³¹⁸ FLEINER, F., *Instituciones de Derecho administrativo*, traducción de la octava edición alemana por SABINO A. GENDIN, Editorial Labor S.A., Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933, p. 235.

³¹⁹ *Vid.* FLEINER, F., *op. cit.*, p. 234; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa", en *ADC* 1955, pp. 1023 y ss.; TORREGROSSA, G., *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 86 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147, entre otros.

³²⁰ GARRIDO FALLA, F., "La teoría de la indemnización en Derecho público", en *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1952, pp. 421 y 422.

En un primer momento, se imponía la completa irresponsabilidad del Estado y de sus agentes por los actos del Poder, graficándose tal situación en el brocardo anglosajón “*the King can do not wrong*”³²¹. Luego, con la aceptación de los principios del Estado de Derecho y la separación de los poderes, se comenzó incipientemente a admitir una cierta responsabilidad, imputándose ésta exclusivamente a los agentes del Estado³²², para, posteriormente, admitir la responsabilidad de éstos con el Estado³²³ y, finalmente, una responsabilidad directa y objetiva de éste^{324 325}.

Tal evolución, propia de la responsabilidad extracontractual del Estado, también podemos replicarla respecto de la actuación legítima de la Administración que ocasiona un daño. Pero, ¿por qué el Estado debe reparar los daños causados en el recto ejercicio de una potestad pública? ¿Cuál es el fundamento de esta indemnización?

Estas interrogantes nos llevan a estudiar el origen y causa de la denominada “indemnización de Derecho público”³²⁶, que comprende a aquellas indemnizaciones concedidas a un particular por las intervenciones inferidas a su patrimonio por la Administración conforme a Derecho³²⁷ y que, según algunos, permite diferenciarla de la responsabilidad por acto ilícito³²⁸.

³²¹ GARRIDO FALLA, F., “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, en *REDA*, Nº94 (1997), p. 175; MARIENHOFF, M., “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992, p. 1249.

³²² MARIENHOFF, M., *op. cit.*, p. 1249.

³²³ GARRIDO FALLA, F., *Los límites...*, cit., p. 176; MARIENHOFF, M., *op. cit.*, p. 1249.

³²⁴ GARRIDO FALLA, F., *Los límites...*, cit., p. 176; MARIENHOFF, M., *op. cit.*, p. 1249. Sobre responsabilidad directa y objetiva de la Administración Pública, *vid.*, entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cuarta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 201 y ss.

³²⁵ La evolución específica en el sistema español puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, pp. 1104 – 1116.

³²⁶ Denominación utilizada por FLEINER, F., *op. cit.*, pp. 233 y ss.; GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., pp. 411 y ss.; FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 426 y ss.

³²⁷ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 235; GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., p. 422; FORSTHOFF, E., *op. cit.*, pp. 426 y ss.

³²⁸ ALESSI, R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, vol. I., Giuffrè Editore, Milano, 1939, p. 244, nota 2 parte final: “... sembra più opportuno, perciò limitare la vera nozione di responsabilità a quella per violazione di diritti soggettivi, facendosi una categoria giuridica a parte, autonoma, della cosiddetta responsabilità per atti legittimi...”; GARRIDO FALLA, F., *Tratado*

Su nacimiento se sitúa en la época absolutista del ejercicio del *ius eminens*, el que, sin embargo, no impedía a los súbditos reclamar la respectiva indemnización cuando existían afectaciones a sus derechos adquiridos³²⁹. Esta misma solución se impuso, incluso, cuando se sustituyó la doctrina del *ius eminens* por el Estado-policía, que autorizaba al Príncipe para intervenir en la vida jurídica y económica del país en virtud de una amplia *cura promovendi salutis*: los derechos adquiridos, a diferencia de los derechos naturales, no se aportan a la comunidad social, por lo que si el soberano decide intervenir en ellos, es obligado a indemnizar³³⁰. Con el surgimiento del Estado de Derecho y la consecuente protección de los derechos del ciudadano, las intromisiones estatales sobre el patrimonio de los particulares siguieron planteando la interrogante de determinar si éstas traían aparejada o no la indemnización de los perjuicios ocasionados por el ejercicio legítimo del poder público.

Se ha señalado que el deber de indemnización por parte de la Administración reconoce dogmáticamente las siguientes fases ideales: a) como reflejo de una intervención administrativa en los derechos adquiridos; b) cuando la intervención se realiza por medio de un acto individual que produce un sacrificio desigual; c) cuando, introduciendo el elemento de la ilicitud o culpabilidad, el deber de indemnización se canaliza a través de dos vías: por actos lícitos (teoría de la indemnización de Derecho público) y por actos ilícitos (teoría de la responsabilidad); d) cuando, eliminando el concepto de falta o ilicitud, se asiste a un proceso reunificador a través de las siguientes vías: o bien mediante una expansión del instituto de la expropiación, que absorbe a

de Derecho Administrativo, vol. II, octava edición, Tecnos, Madrid, 1988, p. 220; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 190. En contra, MIR PUIGPELAT: "... la circunstancia, en efecto, de que la responsabilidad patrimonial de la Administración (como la de los particulares) pueda nacer aun en ausencia de toda culpa o antijuridicidad, esto es, de forma objetiva (como de hecho sucede en el caso de la Administración española, sometida por la LRJPAC a una responsabilidad siempre objetiva; y, aunque en mucho menor medida, también en el de la Administración italiana), impide fundar la distinción entre ambas figuras sobre el criterio de la ilicitud/licitud de la actuación administrativa... (MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, p. 123)".

³²⁹ FORSTHOFF, E., *op. cit.*, p. 426; NIETO, A., "Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa", en *RAP*, N°38 (1962), pp. 70 y 71.

³³⁰ Como consecuencia de la "doctrina del contrato social" y contraponiendo a los derechos naturales de los derechos adquiridos, ya que sólo los primeros se aportan por los ciudadanos a la comunidad social (*cf.*, NIETO, A., *op. cit.*, pp. 71 y 72). También, GARRIDO FALLA, F., "La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado", en *RAP*, N°119 (1989), p. 9.

todas o casi todas las demás figuras generadores del deber de indemnizar, o bien, a través de la formación de una base dogmática genérica: la lesión³³¹.

Como afirmaba FORSTHOFF, esta indemnización de Derecho público se erigió como un anexo problemático de la expropiación³³². Lo anterior, porque la expropiación representa el caso más importante de las intromisiones públicas del Estado, aunque no el único, puesto que ellas fueron aumentando a medida que se extendieron las funciones de aquél³³³.

De las teorías que tratan de explicar tal fenómeno, nos ocuparemos a continuación.

2.- Teorías sobre el fundamento de la indemnización de Derecho público

La primera teoría que se enarboló fue la de la inviolabilidad de los derechos adquiridos (*ius quaesitum*)³³⁴, en virtud del cual el Estado debe indemnizar cuando anule o limite un derecho individual al cual le fue concedido una fuerza especial contra las intervenciones estatales³³⁵. Estos derechos pertenecen definitivamente al patrimonio de las personas favorecidas –como los derechos de propiedad industrial, de pesca o aprovechamiento de aguas concedidos en anteriores períodos del desenvolvimiento jurídico³³⁶–, por lo que nadie puede ser privado de ellos sino mediante la respectiva indemnización³³⁷.

Una segunda tesis, fundada en la garantía constitucional del derecho de propiedad, sostiene que el Estado debe indemnizar no sólo en los casos en que se prive del dominio a un particular mediante el mecanismo de la expropiación forzosa, sino, en general, por todo perjuicio que un acto de

³³¹ NIETO, A., *op. cit.*, p. 124.

³³² FORSTHOFF, E., *op. cit.*, p. 426.

³³³ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 234; FORSTHOFF, E., *op. cit.*, p. 431.

³³⁴ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 240; GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., p. 423; FORSTHOFF, E., *op. cit.*, p. 428.

³³⁵ GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., p. 423; FLEINER, F., *op. cit.*, p. 242, citando a CHRISTIANSEN y GIERKE.

³³⁶ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 242.

³³⁷ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 242; FORSTHOFF, E., *op. cit.*, p. 428; NIETO, A., *op. cit.*, pp. 70, 71 y 72

autoridad ocasione en el patrimonio de los ciudadanos³³⁸. Todo desconocimiento de la propiedad que no respete los principios inspiradores de la expropiación es intolerable en un Estado moderno, imponiéndose como regla general la indemnización³³⁹.

Basándose en el principio de la igualdad jurídica y constitucional de los ciudadanos ante las cargas públicas³⁴⁰, una tercera opinión sostiene que el Estado debe indemnizar al particular por todo sacrificio especial que se le imponga, es decir, por toda restricción impuesta que exceda de la medida general³⁴¹. Esta posición se basó en la interpretación efectuada por los comentaristas alemanes a la Constitución de *Weimar*, por la cual entendieron por expropiación a “todo perjuicio causado al patrimonio privado por la ley o un acto administrativo que, en beneficio de la generalidad, imponga gravámenes especiales a determinadas personas o a un conjunto de individuos relativamente limitados, siendo indiferente que con esto se origine un traspaso de objetos o derechos y que se refieran o no a un fin de utilidad pública”³⁴².

Finalmente, una cuarta posición propone que el Estado sólo tiene la obligación de indemnizar en todos aquellos casos en que la ley o un derecho consuetudinario así lo ordenen expresamente³⁴³.

Podrá apreciarse que estas teorías presentan como denominador común la circunstancia de hacer procedente la indemnización sólo para casos especiales, pues no puede sostenerse como regla general que cualquier daño que sufra un particular a causa de los actos legales del Estado deba ser

³³⁸ FLEINER, F., *op. cit.*, pp. 240 y 241; GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *Tratado de Derecho Administrativo*, duodécima edición, vol. II, Tecnos, Madrid, 2006, p. 318.

³³⁹ GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., p. 423.

³⁴⁰ GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., p. 424.

³⁴¹ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 241.

³⁴² FLEINER, F., *op. cit.*, p. 241. Textualmente lo sigue GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., p. 424. En opinión de FORSTHOFF, esta idea se materializó en los párrafos 74 y 75 de la introducción al *Landrecht* prusiano: “§ 74. Los derechos particulares y las ventajas de los miembros del Estado tienen que posponerse a los derechos y deberes necesarios al fomento del bien común, cuando entre ellos existe una contradicción (colisión) real. § 75. Sin embargo, el Estado queda obligado a indemnizar a aquellos cuyos derechos particulares y ventajas se ha visto precisado a sacrificar al bien de la comunidad (*vid. FORSTHOFF, E., op. cit.*, pp. 428 y 429)”.

³⁴³ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 241.

reparado³⁴⁴. El problema es que las tres primeras tesis sujetan el fundamento de la obligación reparatoria a fórmulas generales³⁴⁵, de difícil concreción.

Así, a la teoría de los derechos adquiridos se le critica que su posición se ve debilitada en los Estados de Derecho modernos, en donde existen instituciones que protegen al ciudadano de las arbitrariedades e ilegalidades de las autoridades administrativas, privando de un amplio campo a las demandas indemnizatorias por violación de derechos adquiridos³⁴⁶. Recordemos que esta tesis tuvo aplicación en el Estado-policía, persiguiendo proteger al súbdito del soberano absoluto en aquellos tiempos en que no había garantías contra las limitaciones arbitrarias de la propiedad y la libertad³⁴⁷.

Por otro lado, esta tesis, en su intento de reconocer el derecho a una indemnización por razones de equidad, llegó a considerar como derechos lo que no era más que meros intereses³⁴⁸. Y existe consenso en la doctrina de que el objeto del sacrificio que da lugar a una reparación debe ser un verdadero derecho, excluyendo a las meras expectativas o simples intereses³⁴⁹.

Asimismo, la tesis que obliga a reparar todo perjuicio que un acto de autoridad ocasione en el patrimonio de los ciudadanos, en los hechos haría

³⁴⁴ Este razonamiento lo comparte, en sede de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, PANTALEÓN PRIETO: "... no hay base alguna jurídico-dogmática para sostener que todo daño que el perjudicado no tenga el deber de soportar ha de ser indemnizado por quien lo causa, ni siquiera cuando se trata de los daños consecuencia de lesiones de derechos subjetivos absolutos... (PANTALEÓN PRIETO, F., "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", en *DA*, N^o237-238 (1994), p. 245; reiterado en *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 73 y 74).

³⁴⁵ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 242.

³⁴⁶ *Ídem*.

³⁴⁷ FLEINER, F., *op. cit.*, pp. 242 y 243; GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., p. 423.

³⁴⁸ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 243.

³⁴⁹ FORSTHOFF, E., *op. cit.*, pp. 449 y ss.; GARRIDO FALLA, F., *Tratado...*, cit., pp. 230 y 231; DE AHUMADA RAMOS distingue entre "intereses legítimos" que, por la protección del ordenamiento, pueden ser reconducidos a la noción de "derecho subjetivo" o de "bien jurídico protegido", de los "simples intereses legítimos", que son "aquellos intereses que, siendo en sí mismo lícitos, por no ser contrarios al ordenamiento jurídico... sin embargo, su satisfacción no es exigible frente al sujeto que causa el daño al bien objeto de interés... (DE AHUMADA RAMOS, F., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, segunda edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 169)".

indemnizable cualquier daño que sufra el particular, desconociendo que no todo perjuicio imputable a la Administración es indemnizable³⁵⁰. Por lo demás, provocaría la paralización de las actividades administrativas, por temor a incurrir en hechos generadores de reparación³⁵¹.

Tampoco la tesis del sacrificio especial sirve como fundamento indiscutible de la obligación del Estado de indemnizar por los daños causados en su actuación legítima. Se ha sostenido que cada nueva actividad de la Administración genera perjuicios y ventajas desiguales a las diferentes clases de ciudadanos³⁵². Más aún, la configuración de los presupuestos para reparar esta clase de daños tampoco permite dar claridad a este tema.

En efecto, según BLASCO ESTEVE, "... cuando la actuación administrativa es conforme a Derecho, el concepto legal de lesión se concreta fundamentalmente en el sacrificio especialmente grave e intenso: si se da éste, no hay causas de justificación del daño y, por consiguiente, el perjudicado no tiene el deber de soportarlo..."³⁵³. Pues bien, conforme a tal autor, tratándose del ejercicio legítimo de una potestad administrativa, lo que habría que analizar es como se configura dicha potestad en el caso concreto: si el resultado dañoso se impone como querido expresamente, el perjuicio está justificado; en los demás casos, no se descarta la procedencia de responsabilidad, debiendo investigarse un criterio material de fondo en el caso específico³⁵⁴. Lo anterior lleva consigo una completa incertidumbre, pues la obligación indemnizatoria no se produce a todo evento y nos pone en la encrucijada de ir determinando caso a caso qué daño es importante y qué daño no, para luego establecer la procedencia de su

³⁵⁰ DE AHUMADA RAMOS, F., *op. cit.*, p. 60. Pareciere ser el mismo razonamiento de GARRIDO FALLA, al sostener que los casos de indemnizaciones exigen una interpretación restrictiva, a diferencia de los supuestos de responsabilidad como consecuencia de la ilegalidad de un acto estatal, en que el principio debe ser el de que siempre que se causa un daño éste debe repararse (GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., p. 428).

³⁵¹ Aplicamos similar argumento que el indicado por GARCÍA DE ENTERRÍA para imputar responsabilidad directa a la Administración y no al funcionario: "... una atribución rigurosa de responsabilidad personal al funcionario en todos los casos de daños derivados de su actuación se traduciría frecuentemente en una paralización de las actividades administrativas... (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 1114)".

³⁵² FLEINER, F., *op. cit.*, p. 243.

³⁵³ BLASCO ESTEVE, A., *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 200 y ss.

³⁵⁴ BLASCO ESTEVE, A., *op. cit.*, p. 189.

reparación³⁵⁵. Por ello, se ha afirmado que esta tesis no aporta criterios para poder distinguir qué perjuicios deben indemnizarse y cuáles no, ni tampoco entrega elementos para alcanzar la justicia del caso concreto³⁵⁶, además de generar inseguridad jurídica³⁵⁷.

3.- El Estado sólo tiene la obligación de indemnizar en virtud de una ley que así lo ordene expresamente

Como principio, el Estado sólo tiene la obligación de indemnizar en todos aquellos casos en que la ley así lo ordene expresamente. De esta manera, la única tesis que no tiene reparos sobre el particular es aquella que ubica el origen de la obligación indemnizatoria por actuación legítima de la Administración sólo en la ley: “sólo procede indemnizar cuando una norma jurídica así lo prescribe”³⁵⁸. Ello se ha facilitado con el nacimiento del concepto de ley en el sistema del moderno Estado de Derecho, establecida como una norma general que permite diferenciar entre las regulaciones limitadoras de carácter general en el ordenamiento social de los bienes de aquellas intervenciones especiales en el mismo³⁵⁹.

Esta distinción se aprecia con toda claridad en la regulación específica que se hace de la expropiación en los distintos ordenamientos, por constituir el caso de principal aplicación de las indemnizaciones a las que nos estamos refiriendo, que sólo es procedente en virtud de una ley que así la determine. Como también lo evidencia la figura alemana de la “delimitación de derechos necesitada de compensación” (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*), por la cual cuando una regulación legal limita la propiedad de una forma general ajustada a la Constitución, pero genera cargas especiales injustificables e

³⁵⁵ DE AHUMADA RAMOS, F., *op. cit.*, pp. 83 y ss.

³⁵⁶ DE AHUMADA RAMOS, F., *op. cit.*, p. 87.

³⁵⁷ BLASCO ESTEVE, A., *op. cit.*, p. 189; DE AHUMADA RAMOS, F., *op. cit.*, p. 87.

³⁵⁸ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 244. De ahí la interpretación extensiva del artículo 42.2 de la Constitución Italiana (... *la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale...*) que propone ALESSI, a objeto de considerar incorporado en el concepto de propiedad no sólo a los derechos reales sino también, en general, a los derechos patrimoniales de las personas, infiriendo, con ello, el principio de intangibilidad del patrimonio (ALESSI, R., *op. cit.*, pp. 253 y ss.).

³⁵⁹ FORSTHOFF, E., *op. cit.*, p. 429.

inexigibles desde la óptica de los principios de proporcionalidad o igualdad, debe ser objeto de una compensación económica establecida en la propia ley, ya que sin ella tal normativa sería inconstitucional³⁶⁰.

No obstante, en el ámbito del Derecho administrativo español, esta conclusión se ve desbordada frente al concepto amplísimo de lesión que utiliza la doctrina dominante para referirse a la responsabilidad patrimonial de la Administración y a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, que hace resarcible a todo perjuicio antijurídico que sufra el particular, no porque la conducta del autor sea contraria a Derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo³⁶¹. Por lo tanto, para estos efectos, no hay diferencia si la indemnización se debe a una actuación lícita o ilícita de la Administración³⁶², como pasaremos seguidamente a comentar.

Otro tanto ocurren en el ordenamiento alemán con la creación jurisprudencial de la figura del “ataque o intervención expropiatorio” (*enteignender Eingriff*), que surgió para indemnizar aquellos daños colaterales sobre la propiedad, generalmente atípicos e imprevisibles, que se derivan de actuaciones de la Administración ajustadas a Derecho y que representan para el particular un sacrificio superior al que le es obligado soportar³⁶³. Este supuesto lo analizaremos más adelante al estudiar a la expropiación.

3.1.- Daño lícito y responsabilidad patrimonial de la Administración

Para la doctrina y jurisprudencia tradicional³⁶⁴, por regla general, son indemnizables todos los daños causados por la Administración que los

³⁶⁰ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad...*, cit., p. 114.

³⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 1125. Dan cuenta de este concepto amplio: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 191; DE AHUMADA RAMOS, F., *op. cit.*, pp. 58 y ss.

³⁶² “Quiere decirse que quedan incluidas dentro del ámbito uniforme de la responsabilidad las dos hipótesis de que la conducta dañosa tenga origen en una actuación bien lícita, bien ilícita... (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 1124)”.

³⁶³ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad...*, cit., p. 80.

³⁶⁴ Que no puede considerarse dominante después de la crítica efectuada por PANTALEÓN (“*Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*”, ya citado) y seguida por numerosos otros autores, según MIR PUIGPELAT, O., “El sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración: una

particulares no tengan el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Esta tesis sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, construida principalmente a partir de la relación de los artículos 9.3³⁶⁵, 106.2³⁶⁶ y 149.1.18³⁶⁷ CE; y 139.1³⁶⁸ y 141.1³⁶⁹ LRJ-PAC; y 2.1³⁷⁰ RPR, consagra un concepto de responsabilidad por el cual la Administración responde por los daños causados tanto por su actuación lícita como ilícita³⁷¹.

visión crítica”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado* (compilación y estudio introductorio JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ), Editorial Porrúa – Itam, Ciudad de México, 2004, p. 36.

³⁶⁵ “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

³⁶⁶ “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

³⁶⁷ “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 18. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

³⁶⁸ “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

³⁶⁹ “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

³⁷⁰ “Mediante los procedimientos previstos en este Reglamento las Administraciones públicas reconocerán el derecho a indemnización de los particulares en los términos previstos en el Capítulo I del Título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por las lesiones que aquéllos sufran en cualquiera de sus bienes y derechos siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

³⁷¹ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 1124; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 191 y 203; GARRIDO FALLA, F., *Tratado...*, cit., p. 220, nota 7; DE AHUMADA RAMOS, F., *op. cit.*, pp. 58 y ss. Así también la STS de 04 de noviembre de 2011 (RJ 1991/8353), que sostiene en su fundamento de Derecho 2º que “...y b) la imputación de dicho resultado dañoso, en relación de causa-efecto y como acto determinante del mismo, al funcionamiento de un servicio público, tanto en el caso de que pueda reputarse éste anormal, por ser consecuencia de una actuación culpable de la Administración o de sus agentes, como en el supuesto de que deba calificarse de normal, lo que implica la inclusión dentro de la cobertura patrimonial, de los daños ocasionados involuntariamente, es decir, con independencia de que el acto originador sea lícito o ilícito...”.

Esta opinión, dotada de fundamento teórico por GARCÍA DE ENTERRÍA³⁷² y cuya base normativa inicial encontraba sustento en los artículos 121.1 LEF³⁷³ y 40 LRJAE³⁷⁴ de 1957, se desprendía del tenor literal de la primera de las disposiciones nombradas: la Administración debe responder de toda lesión que “sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Con lo cual, la reparación podía emanar de una actuación regular o irregular, lícita o ilícita³⁷⁵. Así las cosas, este instituto resarcitorio operaría como mecanismo de indemnización de todo daño, salvo que exista una causa de justificación que legitime el respectivo perjuicio³⁷⁶.

En el mismo sentido también se ha pronunciado buena parte de la jurisprudencia, destacando por la amplitud y extensión asignada a la responsabilidad patrimonial de la Administración la comentada STS de 14 de junio de 1991³⁷⁷, que condenó a INSALUD por los daños sufridos por una paciente como consecuencia de una intervención quirúrgica impecable desde el punto de vista de la *lex artis*³⁷⁸. En el mismo sentido, SSTS de 04 de abril de 2000³⁷⁹ y de 06 de marzo de 2000³⁸⁰.

³⁷² En su célebre estudio “*Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*”, ya citado. Así lo consigan GARRIDO FALLA, F., *Los límites...*, cit., p. 185; DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, pp. 58 y ss.

³⁷³ Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

³⁷⁴ “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

³⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 1124; BELLO JANEIRO, D., “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *RPDD*, N°37 (2006), La Ley 517/2006, disponible en www.laleydigital.es (visita 04 agosto 2012), p. 10.

³⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 1126; LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1983, p. 169. MIR PUIGPELAT es elocuente sobre este punto, relacionado con el carácter objetivo de esta clase de responsabilidad: “... cuando la responsabilidad es objetiva puede afirmarse, sin exagerar, que la regla es la obligación de indemnizar, y la exoneración la excepción (MIR PUIGPELAT, O., *El sistema...*, cit., p. 15)”.

³⁷⁷ RJ 1991/5115, que fue objeto del estudio y crítica de PANTALEÓN en *Los anteojos del civilista...*, ya citado.

³⁷⁸ El fundamento de Derecho 3º señalaba textual: “La realidad es que en esta ocasión se tenía que combatir una sentencia recaída en un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración que, por su cualificado carácter objetivo, en general no consiente motivos enervantes de la necesidad de declararla -como, por vía de ejemplo, la falta de dolo, culpa, impericia o negligencia de los agentes del servicio público con ocasión de cuya prestación se produjo el hecho lesivo llamado a reparar-, pues sólo en casos muy cualificados también, en

Lo anterior tiene su antecedente en la construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del instituto de la expropiación forzosa sobre el concepto unificador de “lesión que no hay deber jurídico de soportar”³⁸¹; y se justifica en el carácter objetivo de esta clase de

concreto, los de fuerza mayor o de una conducta eficiente del propio perjudicado, legalmente puede excluirse, ya que éste es el sentido de los artículos 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; eventos excepcionales que ni siquiera se alegan por la parte recurrente, por lo que nada importa que por la Jurisdicción penal se hubiera estimado, en su día, que los facultativos actuantes en la operación quirúrgica con ocasión de la cual se produjo la situación crítica determinante del irreversible resultado lesivo de cuya reparación se trata lo hicieran correctamente, como también hizo ver oportuna, acertada y razonadamente la Sala sentenciadora en el proceso en que se actúa, tras de una pormenorizada exposición sobre aquel carácter de la responsabilidad administrativa, de la evolución doctrinal y jurisprudencialmente producida sobre el tema y de la total irrelevancia que para estos casos tiene que el funcionamiento de la Administración fuera normal o anormal, en función de cuyas premisas, para adoptar su decisión, partió “de la falta de culpabilidad del Doctor que intervino el 17 de septiembre a D.^a María Teresa F.”, porque “su conducta no ha sido enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto a otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia en la producción de un resultado”, y ello porque “lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un Centro de la Seguridad Social el día 17 de septiembre de 1980, no siendo posible, tampoco, efectuar un juicio crítico de la *lex artis* del profesional, extremo que, por otra parte, ha quedado resuelto, por cierto, con toda clase de pronunciamientos favorables para el cirujano por los dictámenes periciales obrantes en las actuaciones, contrastados además con la opinión de acreditados profesionales españoles y extranjeros...”.

³⁷⁹ RJ 2000/3258. En su fundamento de Derecho 4º, señala que “... resulta evidente que no es decisivo para la posible existencia de responsabilidad patrimonial el hecho de que no exista incumplimiento de la «*lex artis*» o actividad ilícita de la Administración en la prestación del servicio sanitario. El criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado...”.

³⁸⁰ RJ 2000/2600. Según el fundamento de Derecho 5º: “... tampoco suscita grandes dudas que la lesión sufrida por la trabajadora fue consecuencia directa e inequívoca de la actuación sanitaria; recuérdese que el juez de instancia parte de que el comportamiento de los profesionales fue médicamente correcto, sin descuidos ni negligencias, y arreglado a la «*lex artis*» en el momento de la intervención. Pero añade que «el resultado lesivo es consecuencia directa del tratamiento aplicado de modo que no ha alcanzado el resultado apetecido y ha acelerado el resultado lesivo que la enfermedad hubiera producido por sí misma”.

³⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, pp. 1124 y ss. Y la crítica de PANTALEÓN: “... ha llegado el momento de abandonar esa cautivadora obra de imaginación jurídica que fue la construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del instituto de la expropiación forzosa sobre el concepto de lesión que no hay deber de soportar: entre la responsabilidad por lo que hemos llamado “daños cuasiexpropiatorios”, de evidente conexión con la expropiación forzosa, y la responsabilidad por riesgo existe una profunda sima principal (PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., p. 253; reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., pp.90 y 91).

responsabilidad, que nace al margen de toda idea de culpa o ilegalidad ³⁸², siendo determinante la existencia de la antijuridicidad del resultado o lesión ³⁸³.

Sin perjuicio de lo anterior, para que ello tenga lugar deben concurrir los siguientes requisitos materiales para hacer surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración: a) que la víctima sufra un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2 LRJ-PAC) que no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley y que no derive de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción (artículo 141.1 LRJ-PAC); b) que dicho daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (artículo 139.1 LRJ-PAC); y, c) que dicho daño no sea imputable a fuerza mayor (artículos 106.2 CE y 139.1 LRJ-PAC) ³⁸⁴.

³⁸² Entre varios, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 1125; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 203 y ss.; DE AHUMADA RAMOS, F., *op. cit.*, pp. 55 y ss.; MIR PUIGPELAT, O., *Tratado...*, cit., pp. 153 y ss.; LEGUINA VILLA, J., *op. cit.*, pp. 169 y ss.; BERBEROFF AYUDA, D. y SOSPEDRA NAVA, F.J., *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, vol. II, Consejo General del Poder Judicial – Fundación Wellington, Madrid, 2006, pp. 63 y ss.; MORENO MOLINA, J.A. Y MAGÁN PERALES, J.M., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2005, pp. 30 y ss. En sentido similar, STS de 26 de mayo de 2010 (RJ 2010/5421), que declaró que "... la exigencia de responsabilidad de la Administración no está condicionada por la previa existencia de un acto administrativo nulo o anulable sino que, contrariamente, únicamente cabe exigir la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin que pueda vincularse la antijuridicidad con la legalidad de la actuación administrativa para reclamar responsabilidad, resultando suficiente para ello que el perjudicado por la actuación administrativa no tenga la obligación de soportar el daño con independencia de la adecuación o no a derecho del acto administrativo causante del mismo..."

³⁸³ En este sentido, STS de 03 de mayo de 2012 (La Ley 56859/2012), al sostener que "... es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo y 24 de mayo de 1999 – recurso de casación 1311/95, fundamento jurídico tercero –), aunque, como hemos declarado en este última, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido...". Asimismo, entre varios, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 1125; LEGUINA VILLA, J., *op. cit.*, pp. 169; RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., "La antijuridicidad del daño como requisito de la responsabilidad patrimonial de la Administración", en AA, Nº7 (2010), La Ley 1812/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 25 julio 2012), pp. 1 y ss.

³⁸⁴ *Vid.* MIR PUIGPELAT, O., *El sistema...*, p. 3. Más sintéticamente se han señalado los siguientes: a) que se haya producido la lesión de un derecho o bien jurídicamente protegido de

En base a lo antes expuesto, se han clasificado los distintos títulos de reparación por parte de la Administración de la siguiente forma³⁸⁵: a) responsabilidad por actuación culpable o negligente de la Administración, que comprende a la responsabilidad por actos administrativos ilegales y por funcionamiento anormal del servicio; y, b) responsabilidad objetiva sin culpa, que integra a los supuestos de responsabilidad por actos administrativos válidos; por funcionamiento normal del servicio, por creación de situaciones de riesgo y de actos no fiscalizables (no anulables) en vía contenciosa.

Pues bien, esta configuración amplia del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración –que hace indemnizable todo daño que el particular no esté obligado a soportar porque no existe un título justificativo que así lo disponga–, ha conducido, según algunos, a la consagración de un sistema basado en la seguridad social más que en un carácter resarcitorio³⁸⁶. Lo que ha llevado a sostener que este sistema presenta como principales defectos “su excesiva amplitud, su excesiva indeterminación y su excesiva uniformidad”³⁸⁷, lo que, ciertamente, se ha prestado para excesos³⁸⁸.

Es por ello que desde un inicio y, al menos doctrinariamente, se han formulado observaciones a la configuración del sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como pasamos a anotar.

una persona o grupo de personas; y, b) que exista un nexo de causalidad entre dicha lesión y el funcionamiento de los servicios públicos (DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, p. 148).

³⁸⁵ Según GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *op. cit.*, pp. 339 y ss.

³⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., p. 250, reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., p. 85; DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, p. 135.

³⁸⁷ MIR PUIGPELAT, O., *El sistema...*, cit., pp. 4 y ss.

³⁸⁸ Como la STS de 14 de junio de 1991 (RJ 1991/5115), que condenó a INSALUD por los daños sufridos por una paciente como consecuencia de una intervención quirúrgica impecable desde el punto de vista de la *lex artis*, indemnización que no habría tenido lugar si el hospital hubiese sido de propiedad privada. Lo que llevó a PANTALEÓN a afirmar que “... no veo ninguna razón convincente para conceder a doña María Teresa esos más de diez millones de indemnización cuando no se le conceden a quien resulte igualmente incapacitado a causa de un desafortunado resbalón en la bañera... (PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., pp. 244 y 245, reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., p. 75)”.

3.1.1.- Críticas y limitaciones al concepto amplio de responsabilidad patrimonial de la Administración adoptado por la doctrina y jurisprudencia tradicional

Frente al amplio concepto que sigue la doctrina y jurisprudencia tradicional, se han enarbolado una serie de teorías que propugnan un concepto más restringido de la responsabilidad de la Administración, a saber:

3.1.1.1.- La teoría de la indemnización como instituto distinto de la responsabilidad patrimonial de la Administración

El profesor GARRIDO FALLA, incluso desde antes de la entrada en vigencia de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954³⁸⁹, instaba por la separación de los institutos de la responsabilidad y de la indemnización. Así, la responsabilidad patrimonial de la Administración surgiría como consecuencia de la actividad ilícita administrativa o dentro del campo de los daños causados sin título jurídico para ello; y la teoría de la indemnización tendría su lugar en el campo de la actividad administrativa lícita³⁹⁰. Esta distinción se desprendería de la propia CE, que regula a la indemnización en su artículo 33.3 y a la responsabilidad en su artículo 106.2³⁹¹.

Señala que, históricamente, la actual teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración tuvo su origen en el reconocimiento, y posterior expansión, del instituto de la indemnización expropiatoria, no obstante lo cual su desarrollo autónomo fue advertido y explicado por la doctrina³⁹². Así, en el sistema alemán, FORSTHOFF enseñaba que las indemnizaciones en casos de intervenciones soberanas en la ordenación de los bienes son distintas en su fundamento jurídico y peculiaridad, según que la intervención sea conforme a Derecho o antijurídica³⁹³. Y ALESSI, en Italia, evidenciaba que la indemnización de los daños por actividad legítima tenía un fundamento teórico y positivo

³⁸⁹ En su artículo del año 1952 "La teoría de la indemnización en Derecho público", en *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*, ya citado.

³⁹⁰ GARRIDO FALLA, F., *Tratado...*, cit., p. 220.

³⁹¹ GARRIDO FALLA, F., *Los límites...*, cit., p. 177.

³⁹² GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *op. cit.*, p.319.

³⁹³ FORSTHOFF, E., *op. cit.*, p. 413.

distinto de la normal responsabilidad, al punto de indicar que a la primera impropriamente se le llamaba *responsabilitat*³⁹⁴.

Afirma que la teoría de la indemnización postula un fundamento propio, el cual sería la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas, que hace odioso el sacrificio especial sin indemnización. Y que se fortalece cuando el sacrificio del derecho del particular determina una transferencia coactiva de propiedad a favor de la Administración, pues aquí se une otro fundamento: el enriquecimiento sin causa a favor de aquella³⁹⁵.

La importancia de la distinción de las causas generadores de la obligación de indemnizar a que puede estar sujeta la Administración –actuaciones lícitas o ilícitas–, implica reconocer diversos requisitos de procedencia y la distinta medida de la indemnización, dado que están informados por distintos principios³⁹⁶.

En efecto, tratándose de la indemnización expropiatoria, habría que probar el enriquecimiento patrimonial o la ventaja directa conseguida para el interés público; y, en los supuestos de responsabilidad en sentido estricto, debería probarse la forma como el funcionamiento normal o anormal del servicio ha determinado el daño sufrido³⁹⁷. Y, en cuanto a la medida del resarcimiento, en la indemnización expropiatoria sólo debería repararse el daño emergente pero nunca el lucro cesante³⁹⁸, a diferencia de la responsabilidad propiamente tal, en que se impone el principio de reparación integral del daño³⁹⁹.

³⁹⁴ ALESSI, R., *op. cit.*, p. 244.

³⁹⁵ GARRIDO FALLA, F., *Tratado...*, cit., p. 219.

³⁹⁶ GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., p. 428.

³⁹⁷ GARRIDO FALLA, F., *Tratado...*, cit., p. 229.

³⁹⁸ GARRIDO FALLA, F., *La teoría de la indemnización...*, cit., pp. 439 y 440.

³⁹⁹ *Vid.*, BERBEROFF AYUDA, D. y SOSPEDRA NAVA, F.J., *op. cit.*, pp. 88 y ss.; MORENO MOLINA, J.A. Y MAGÁN PERALES, J.M., *op. cit.*, pp. 871 y ss.

3.1.1.2.- Las críticas de FERNANDO PANTALEÓN

Considerando la tesis de GARRIDO FALLA⁴⁰⁰, PANTALEÓN PRIETO también ha manifestado sus críticas a la configuración del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Afirma que su régimen legal está mal concebido, tanto desde la perspectiva dogmática –porque no hay base jurídica para sostener que todo daño que el perjudicado no tenga el deber de soportar debe ser indemnizado por quien lo causa– como desde el prisma de la política jurídica: “un Derecho razonable no debe parificar, no debe estimar regidos por los mismos principios jurídicos el caso en que alguien pierde su coche porque la Administración se lo expropia, o porque la policía lo destruye por sospechar que unos terroristas lo habían cargado con un artefacto a punto de explotar, y el caso en que alguien pierde su coche al estrellarlo contra un árbol que se había caído sobre la calzada unos minutos antes. Para el primer grupo de casos cabe sin duda afirmar que el pago por la Administración de una indemnización igual al valor del coche viene exigida por la garantía constitucional del derecho de propiedad (art. 33 CE); para el segundo caso, a mi juicio, rotundamente no. La inclusión en la Ley de Expropiación Forzosa del régimen de la responsabilidad de las Administraciones públicas no fue, ciertamente una casualidad, pero las premisas que fundaron tan consciente incardinación legal no son, siempre a mi juicio, ni dogmática ni político-jurídicamente sostenibles”⁴⁰¹.

Por lo anterior, propone considerar los siguientes supuestos: a) responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos; y, b) responsabilidad por daños producto de accidentes⁴⁰².

El primer supuesto comprende a los daños que propone llamar como “cuasi expropiatorios o de sacrificio”, “entendiendo por tales aquellos que son

⁴⁰⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., p. 239; reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., p. 65, al sostener que las tesis de GARRIDO FALLA “no siempre han sido valoradas justamente”.

⁴⁰¹ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., pp. 246 y 247, reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., pp. 75 – 79.

⁴⁰² PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, pp. 247 y ss., reiterada en *Responsabilidad médica...*, pp. 81 y ss.

(producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión; siendo también necesario, obvio es, que los daños de que se trate representen para quien los padece un sacrificio individualizado que no le sea exigible soportar⁴⁰³. Respecto de estos daños por funcionamiento normal de los servicios, responderán en todo caso las Administraciones públicas al amparo del artículo 139.1 LRJ-PAC⁴⁰⁴.

El segundo supuesto comprende a los daños producto de accidentes, que serían aquellos “en cuya etiología aparezca implicada, ciertamente, la actividad típica de una Administración Pública, pero que no sean consecuencia de una medida finalmente dirigida a causar, ni connatural, intrínseca o inmediatamente... los daños infligidos”⁴⁰⁵. En este caso, las Administraciones públicas sólo responderán: a) de los daños derivados de *fautes de service*, como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos ex artículo 139.1 LRJ-PAC; y, b) cuando así lo dispongan leyes especiales, sin necesidad de *faute*, respecto de los daños que sean realización de determinados riesgos típicos del giro o tráfico administrativo, que PANTALEÓN denomina “lesiones consecuencia del funcionamiento de servicios públicos típicamente peligrosos”, bajo el estatuto del artículo 139.1 arriba citado, que no excluye ni impone tal resarcimiento⁴⁰⁶.

Con estas precisiones, PANTALEÓN limita el radio de acción que la doctrina tradicional le ha dado al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que, a su juicio, carece de sentido la existencia de un sistema de responsabilidad que cubra todos los riesgos típicos de la gestión pública y que tenga que responder por todos los daños que resulten ser consecuencia directa y adecuada de toda acción u omisión propia del giro

⁴⁰³ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., p. 250, reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., pp. 81 y 82.

⁴⁰⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., pp. 247 y 248, reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., pp. 86.

⁴⁰⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., p. 248, reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., pp. 82 y 83.

⁴⁰⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., p. 251, reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., p. 87.

administrativo, por la sola circunstancia de que no exista ninguna ley que imponga al perjudicado el deber de soportarlo⁴⁰⁷.

3.1.1.3.- Las críticas de ORIOL MIR

Quién quizás ha hecho la crítica más profunda al sistema de responsabilidad que nos ocupa es MIR PUIGPELAT. Afirma que la configuración de éste es tan amplia que, “mediando relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño sufrido por la víctima, la regla debe ser el nacimiento de responsabilidad administrativa y su exoneración la excepción”⁴⁰⁸. Ante tal constatación, propone una reforma que limite la responsabilidad objetiva a supuestos excepcionales y típicos –como los existentes en el Derecho civil– y que erija al funcionamiento anormal de los servicios como el título fundamental de imputación de daños a la Administración. De esta manera, la reforma debería eliminar la genérica referencia al funcionamiento “normal” en el artículo 139.1 LRJ-PAC, establecer como regla general la indemnización de los daños que deriven solamente del mal funcionamiento de los servicios⁴⁰⁹ y remitir otros supuestos a determinaciones legales expresas⁴¹⁰.

Asimismo, sostiene que la responsabilidad patrimonial de la Administración sólo cubre los daños derivados incidentalmente de la actuación administrativa y no exigidos directamente por el interés general. Así, se configura como una institución de garantía residual, que opera en defecto de la delimitación de derechos y la expropiación ajustada a Derecho⁴¹¹, restringiendo su campo de acción.

En efecto, tratándose de la delimitación de derechos, tanto el legislador como la Administración, al deslindar normativamente los derechos individuales, éstos quedan sujetos a una serie de restricciones. Dichos límites pueden imponer o no una indemnización, de lo cual se colige que, habiéndose previsto o no dicha

⁴⁰⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., pp. 249 y 250, reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., pp. 84 y 85.

⁴⁰⁸ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 230.

⁴⁰⁹ MIR PUIGPELAT, O., *El sistema...*, cit., p. 34.

⁴¹⁰ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 302 y ss.

⁴¹¹ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 125 y ss.

reparación en la norma delimitadora, habrá existido una decisión referente a la indemnización de los eventuales daños, con lo cual se obligará a la víctima a soportarlos ex artículo 141.1 LRJ-PAC⁴¹².

En cuanto a la expropiación, el justo precio previsto y regulado en la LEF será la única indemnización que percibirá el expropiado, no procediendo cantidad suplementaria alguna a título de responsabilidad extracontractual. Esta exclusión de responsabilidad patrimonial puede fundamentarse en la negación de la existencia del daño o afirmando que el expropiado tiene el deber jurídico de soportarlo⁴¹³.

En todo caso, MIR PUIGPELAT rechaza la tesis que basa la distinción entre expropiación y responsabilidad en la licitud o ilicitud de la actividad administrativa generadora del daño: la responsabilidad de la Administración puede nacer en ausencia de culpa o antijuridicidad, o sea, en forma objetiva⁴¹⁴. Con ello, admite la reparación de daños causados lícitamente.

3.1.1.4.- La respuesta a las críticas por parte de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Frente a las críticas y observaciones de GARRIDO FALLA, PANTALEÓN PRIETO y MIR PUIGPELAT, GARCÍA DE ENTERRÍA –además de admitir que la jurisprudencia ha extendido el ámbito de la responsabilidad en términos que resultan singulares respecto de los demás países occidentales⁴¹⁵, quizás influida por algunas de sus propias afirmaciones formuladas en términos demasiado rotundos⁴¹⁶– sostiene que nunca estuvo en el ánimo de los redactores del artículo 121 LEF (hoy regulado en la LRJ-PAC) consagrar un sistema de responsabilidad objetiva, absoluta y que incluyera supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público⁴¹⁷. Por ello, en

⁴¹² MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 126.

⁴¹³ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 125 y 126.

⁴¹⁴ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 123.

⁴¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Prólogo" a la obra de MIR PUIGPELAT *La responsabilidad patrimonial...*, ya citada, p. 20.

⁴¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo...*, cit., p. 21.

⁴¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo...*, cit., pp. 20 y 21.

un intento de restringir el ámbito de aplicación de lo que se ha entendido como responsabilidad patrimonial de la Administración –aunque manteniendo su construcción unitaria con el instituto de la expropiación forzosa bajo el concepto unificador de lesión que no hay deber de soportar–, realiza dos precisiones: la primera, respecto al concepto de “perjuicio antijurídico”, y, la segunda, respecto de la concurrencia de alguna causa de imputación.

Enfatiza que, tal como lo escribió en sus inicios⁴¹⁸, lo que debe repararse es el perjuicio antijurídico, entendiéndose por tal aquel que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. Y, por lo tanto, el avance de la LEF era que desplazaba la nota de antijuridicidad desde la conducta del agente a la perspectiva del patrimonio del dañado⁴¹⁹. Pero, además, es necesario que concorra alguna causa de imputación, “que no pueden reducirse a un canon unitario”⁴²⁰. Reconoce como tales a la realización directa y legítima del daño por la Administración cuando incide sobre un patrimonio que no estaba previamente obligado a soportarlo en sus consecuencias económicas⁴²¹; la actuación ilícita de la Administración, aunque fuese imputable subjetivamente al agente⁴²²; y, los casos de riesgo creado por la Administración⁴²³. También agregaba en un comienzo al enriquecimiento sin causa de la Administración⁴²⁴, lo que el autor ya no considera por objeciones dogmáticas efectuadas a tal criterio⁴²⁵, puesto que los institutos de la responsabilidad extracontractual y del enriquecimiento sin causa tienen supuestos de hecho y funciones radicalmente diferentes⁴²⁶.

Con estas precisiones, GARCÍA DE ENTERRÍA limita el amplísimo concepto atribuido a la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que, de esta

⁴¹⁸ Refiriéndose, entre otros, a *Potestad expropiatoria y garantía extrapatrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, ya citada.

⁴¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo...*, cit., pp. 20 y 21; *Potestad expropiatoria...*, cit., p. 1125.

⁴²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo...*, cit., p. 22.

⁴²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo...*, cit., p. 23; *Potestad expropiatoria...*, cit., pp. 1146 y 1147.

⁴²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo...*, cit., p. 23; *Potestad expropiatoria...*, cit., pp. 1147 – 1150.

⁴²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo...*, cit., p. 23; *Potestad expropiatoria...*, cit., pp. 1150 – 1153.

⁴²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Potestad expropiatoria...*, cit., p. 1153.

⁴²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo...*, cit., p. 23.

⁴²⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., p. 250, nota 14.

forma, no puede concluirse una generalización del sistema de la responsabilidad hacia resultados de una objetivización general de ésta⁴²⁷.

3.1.1.5.- La tesis de FRANCISCO JAVIER DE AHUMADA RAMOS

Compartiendo con GARCÍA DE ENTERRÍA el carácter unitario del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración⁴²⁸ –pero en un sentido más restringido–, DE AHUMADA RAMOS propone una nueva interpretación del régimen de responsabilidad patrimonial regulado en la LEF y LRJ-PAC, sin necesidad de efectuar una reforma legislativa⁴²⁹. Para él no es un sistema de cobertura de riesgos, ni de simples daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar ni tampoco un estatuto fundado en la solidaridad social: “es un sistema de responsabilidad por la lesión de derechos o bienes jurídicamente protegidos, basado en estrictos postulados de justicia conmutativa”⁴³⁰.

Bajo este prisma, no pertenecerían a este instituto todos aquellos supuestos indemnizatorios que no tengan por fundamento el resarcimiento de un daño antijurídico causado por la Administración, como serían las obligaciones legales de indemnizar cuyos fundamentos se encuentran en la cobertura social de riesgos (accidentes laborales) o en la solidaridad con las víctimas de determinados daños (catástrofes naturales, terrorismo)⁴³¹. Lo anterior implica diferenciar entre el concepto técnico-jurídico de lesión que él propugna –siempre indemnizable– y el de “simple daño” o lesión de “intereses legítimos”, que no sería indemnizable bajo el régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración. Además, obligaría a distinguir entre el concepto técnico-jurídico de lesión indemnizable y el de privación de un derecho efectuado conforme al ordenamiento jurídico, ya que este último no

⁴²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo...*, cit., p. 23.

⁴²⁸ Al descartar el doble fundamento de responsabilidad que propone GARRIDO FALLA: DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, p. 92.

⁴²⁹ DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, p. 541. Aunque admite que para poner fin a los excesos del sistema, bastaría una muy pequeña reforma al citado artículo 139.1, consistente en sustituir la expresión “toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos” por la siguiente: “toda lesión que sufran en cualquiera de sus derechos o bienes jurídicamente protegidos”.

⁴³⁰ DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, p. 100.

⁴³¹ DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, p. 535.

podría originar una indemnización en caso alguno⁴³². De esta forma, se reconduciría el instituto de la responsabilidad patrimonial a sus justos límites, entregando a otras leyes la regulación de las ayudas basadas en criterios de solidaridad⁴³³.

3.1.1.1.6.- Conclusiones

Pues bien, cualquiera que sea la tesis que sigamos respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, todas ellas tienen como denominador común la admisión de la reparación de los daños causados por actuaciones legítimas, lícitas o autorizadas por el ordenamiento jurídico: a) GARRIDO FALLA la admite con su concepción de la teoría de la indemnización, la cual tendría lugar en el campo de la actividad administrativa lícita⁴³⁴; b) PANTALEÓN PRIETO, a través de los daños que él denomina daños “cuasi expropiatorios o de sacrificio”, que constituyen un supuesto de funcionamiento normal de los servicios al amparo del artículo 139.1 LRJ-PAC⁴³⁵; c) MIR PUIGPELAT, al sostener que la responsabilidad de la Administración puede nacer en ausencia de culpa o antijuridicidad⁴³⁶; y, d) GARCÍA DE ENTERRÍA Y DE AHUMADA RAMOS, por el concepto de perjuicio antijurídico que postulan, predicado desde el elemento daño y no de la conducta de los órganos de la Administración.

De esta manera, dada la amplitud del sistema, la procedencia de una indemnización a favor del particular como consecuencia de intromisiones autorizadas o legítimas de la Administración, no requiere de una previsión legislativa expresa que así la disponga, bastando que sólo se configure un daño “que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (141.1 LRJ-PAC)”⁴³⁷. Por lo tanto, no es decisivo para el nacimiento de la obligación reparatoria el hecho de que la norma que autoriza la respectiva

⁴³² DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, pp. 535 y 536.

⁴³³ DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, p. 542.

⁴³⁴ GARRIDO FALLA, F., *Tratado...*, cit., p. 220.

⁴³⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos del civilista...*, cit., pp. 247 y 248, reiterada en *Responsabilidad médica...*, cit., pp. 86.

⁴³⁶ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 123.

⁴³⁷ MIR PUIGPELAT, O., *El sistema...*, cit., pp. 20 y ss.

actuación contemple en su estructura expresamente la necesidad de indemnizar al particular. Así, en aquellos supuestos en que la ley no la ha considerado, corresponderá al juez determinarla⁴³⁸.

3.2.- El daño lícito y la responsabilidad del Estado legislador

La idea de que el Estado se ubica por sobre la ley y, por consiguiente, que sólo es responsable por los daños que ocasione al legislar cuando una ley lo establezca expresamente, está aún latente en los diversos ordenamientos⁴³⁹. Más aún, existen destacados autores, como GARCÍA DE ENTERRÍA, que se manifiestan críticamente contra esta clase de responsabilidad⁴⁴⁰: “definiendo la ley el ámbito de lo jurídico positivo mal puede imputarse a sus efectos un perjuicio antijurídico. Los perjuicios derivados de las leyes son cargas legales y no daños...”⁴⁴¹.

No cabe duda que el acto de dictar una ley, promulgarla y sancionarla constituye una actividad legítima del Estado. Pero se contemplan casos en que, no obstante lo anterior, se genera una consecuencia indemnizatoria, como pasamos brevemente a comentar.

⁴³⁸ Con la evidente posibilidad de que, ante la amplitud de las normas, sea el Poder Judicial el que decida la distribución del Presupuesto General del Estado, como denuncia PANTALEÓN PRIETO (*Los anteojos del civilista...*, cit., p. 249) y pone de manifiesto MIR PUIGPELAT (*La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 291 y ss.)

⁴³⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 59.

⁴⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *REDC*, N°67 (2003), en especial pp. 41 y ss.; “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *RAP*, N°159 (2002), pp. 173 y ss.; *Prólogo...*, cit., pp. 21 y 22.

⁴⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Potestad expropiatoria...*, cit., pp. 1135 y 1136. Interesante es la cita que, sobre este punto, hace GARRIDO FALLA –defensor de la responsabilidad del Estado por esta causa, pero limitada a la previa declaración de inconstitucionalidad de la ley– a autores clásicos extranjeros: “... decía LAFERRIERE: “es de principio que los daños causados a particulares por medidas legislativas no le dan ningún derecho a indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que pueda reclamar ninguna compensación. Sólo el legislador puede apreciar si debe acordar esta compensación... L. MICHOD: “... en nuestra organización constitucional al menos, la cuestión de la responsabilidad por falta no se puede plantear en relación con los actos del poder legislativo. Puede decirse en verdad que el legislador no comete falta en sentido jurídico del término, porque su derecho no tiene límite de orden constitucional o legal (GARRIDO FALLA, F., “Sobre la responsabilidad del Estado legislador, en *RAP*, N°118 (1989), nota 2, pp. 46 y 47)”.

La primera vez⁴⁴² que se reguló legalmente la posición del legislador frente a los daños producidos por la aplicación de actos legislativos, fue con la LRJ-PAC. En su artículo 139.3 se dispuso que “las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Una primera lectura de dicha norma nos debería llevar a la conclusión inequívoca de que sólo corresponde al legislador decidir el reconocimiento o no del derecho del particular a recibir una indemnización. Pero ello ha sido controvertido, pues se ha sostenido que también habría derecho a ella cuando una ley produzca perjuicios especiales no justificados, aunque dicha ley no se pronuncie sobre la indemnización⁴⁴³. Más aún, hay quienes afirman que la regla general sería el resarcimiento de los daños y que esto no tendría lugar sólo si la indemnización ha sido rechazada expresamente por el legislador en la norma de la cual se deriva la lesión⁴⁴⁴.

De allí que por su no fácil interpretación y extensión⁴⁴⁵, se ha dicho que con la aprobación de esta disposición el legislador hizo de “aprendiz de brujo”⁴⁴⁶, incurriendo en “una cierta tautología”⁴⁴⁷. Y, más aún, la procedencia de una indemnización que traiga como causa la dictación de una ley y su aplicación no

⁴⁴² Vid. QUINTANA LÓPEZ, T., “La responsabilidad del Estado legislador”, en *RAP*, N°135 (1994), p. 123.

⁴⁴³ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 71.

⁴⁴⁴ ALONSO GARCÍA, M.C., “La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales”, en *RAP*, N°157 (2002), p. 221.

⁴⁴⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 87. Como gráficamente lo expone QUINTANA LÓPEZ: “la redacción dada a ese precepto es de las que fácilmente pueden llegar a no satisfacer a nadie, esto es, ni a los firmes partidarios del resarcimiento por los daños causados por las leyes, ni a los que están más próximos a la tesis contraria... (QUINTANA LÓPEZ, T., *op. cit.*, pp. 123 y 124)”. También AHUMADA RUIZ: “las opiniones sobre el precepto ha oscilado entre la de quienes lo consideran superfluo y quienes lo consideran inconstitucional (AHUMADA RUIZ, M.A., “Responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, en *REDC*, N°62 (2001), p. 307)”.

⁴⁴⁶ GALÁN VIOQUE, R., “De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador”, en *RAP*, N°155 (2001), p. 310.

⁴⁴⁷ MARTÍN REBOLLO, L., “Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión”, en *AJA*, N°556 (2002), BIB 2002/2101, disponible en www.westlaw.es (visita 05 septiembre 2012), p. 1.

se agotaría en el artículo 139.3 LRJ-PAC, sino que también podría construirse a partir del artículo 9.3 CE.

En efecto, se ha postulado que una ley válida, de carácter general y abstracto, podría originar daños singulares, generando una situación de desventaja patrimonial⁴⁴⁸, por lo que no existiría ningún obstáculo para aplicar el artículo 9.3 CE a fin de determinar “la indemnización de daños producidos por leyes válidas que sirva para rellenar de contenido a la garantía constitucional de responsabilidad de los poderes públicos”⁴⁴⁹.

Así, la jurisprudencia ha declarado que “el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna positiviza al máximo nivel un conjunto de principios generales del derecho, entre los que se cuenta el de responsabilidad de los poderes públicos, de valor normativo directo y, por consiguiente, con virtualidad inmediata, en cuanto constituyen las bases sobre las que se estructura todo el sistema jurídico político que la Constitución diseña. Como todo principio general del derecho, el de responsabilidad de los poderes públicos cumple la triple función de (a) expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, (b) servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como (c) operar en cuanto fuente supletoria del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal”⁴⁵⁰. Se agrega que el Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna, no sólo por las actuaciones del poder ejecutivo, sino también por las del judicial y las del legislativo, alcanzando a todo órgano constitucional, incluido el máximo intérprete de la norma fundamental, salvo las excepciones que la propia Constitución contempla y aquellas otras que puedan prever las leyes que la desarrollan⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ ALONSO GARCÍA, M.C., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 104.

⁴⁴⁹ GALÁN VIOQUE, R., *op. cit.*, p. 314.

⁴⁵⁰ V. gr. STS de 02 de junio de 2010 (La Ley 114137/2010).

⁴⁵¹ STS de 02 de junio de 2010 (La Ley 114137/2010). En el mismo sentido, STS de 17 de noviembre de 1987 (RJ 1988/10206), al sostener que “consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de todos los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de

En contra de este último supuesto se manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁵². Afirma que el principio de responsabilidad de los poderes públicos proclamado en el artículo 9.3 CE no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial y menos aún del legislador: se refiere a algo más general, a la responsabilidad entendida como control político o constitucional⁴⁵³. Agrega que, de existir una jurisdicción establecida en tal sentido, debería ser atribuida al Tribunal Constitucional y no a los tribunales contencioso-administrativos (lo que califica de insólito)⁴⁵⁴, máxime si ni siquiera está al alcance del primero imponer una indemnización que una ley no ha previsto o que expresamente excluye, ya que importaría una clara modificación del contenido material de la ley⁴⁵⁵.

3.2.1.- Actos legislativos de naturaleza expropiatoria y aquellos que no lo son

Volviendo al artículo 139.3 LRJ-PAC, se acostumbra a distinguir entre actos legislativos de naturaleza expropiatoria de aquellos que no lo son⁴⁵⁶. En los primeros, la consecuencia indemnizatoria viene impuesta por el artículo 33.3

especial, en comparación del que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación...”.

⁴⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El principio de la responsabilidad...*, cit., pp. 15 – 47.

⁴⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El principio de la responsabilidad...*, cit., pp. 25, 26, 42 y 43. Agrega que así se ha entendido por el TS a partir de su sentencia de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/8769, al afirmar que “el art. 9.3 de la Constitución establece, efectivamente, que la Constitución garantiza la responsabilidad de los poderes públicos, pero así como la responsabilidad por actos de la Administración es objeto de un tratamiento concreto en el art. 106.2, dentro del Título IV, bajo la rúbrica «Del Gobierno y de la Administración», y los de la Administración de Justicia en su art. 121, en el Título VI, bajo el epígrafe «Del poder judicial», en cambio la posible responsabilidad por actos de aplicación de las leyes no tiene tratamiento específico en el texto constitucional” (fundamento de Derecho 3º); y que “a los Jueces y Tribunales incumbe la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, muy especialmente al Tribunal Supremo unificar criterios interpretativos, por lo que, al margen de casos puntuales en que se puedan suplir, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, omisiones en aspectos concretos de la norma jurídica, resulta inadmisibles que, sustituyendo al legislador, sean los órganos del Poder Judicial los que regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo” (fundamento de Derecho 4º).

⁴⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El principio de la responsabilidad...*, cit., p. 44.

⁴⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El principio de la responsabilidad...*, cit., nota 7, p. 19.

⁴⁵⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 87 y ss.; QUINTANA LÓPEZ, T., *op. cit.*, pp. 124 y 125;

CE⁴⁵⁷: “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. En los segundos, por el artículo 139.3 LRJ-PAC⁴⁵⁸.

Si un acto legislativo de naturaleza expropiatoria contempla expresamente la concesión de una indemnización, en principio, habrá que estarse a ella en cuanto a su monto e indemnización⁴⁵⁹. Pero: ¿qué ocurre si la ley no contempla referencia alguna a la respectiva indemnización o, más aún, establece expresamente la improcedencia de la misma?

Si la ley de naturaleza expropiatoria omite toda referencia a la correspondiente indemnización, ello no impone la denegación de esta última. Sólo significa que la ley ha considerado que no existen razones para establecer criterios específicos, por lo que deben aplicarse los criterios generales de expropiación forzosa a que remite el artículo 141.2 LRJ-PAC⁴⁶⁰. Así lo ha entendido el TC⁴⁶¹ y el TS⁴⁶². Ahora bien, si expresamente se establece la improcedencia de la indemnización, deberá plantearse la respectiva cuestión de inconstitucionalidad en el proceso cuyo objeto sea la impugnación del acto administrativo que, aplicando la norma de carácter expropiatoria, haya denegado la

⁴⁵⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 88. *Vid.* GARRIDO FALLA, F., *Sobre la responsabilidad...*, *cit.*, pp. 51 y 22.

⁴⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 90 y ss.

⁴⁵⁹ Salvo el supuesto en que se fijare una indemnización que rompiera el proporcional equilibrio entre la contraprestación económica y el valor real de los bienes y derechos expropiados, que constituiría un caso de inconstitucionalidad. *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 89 y 90.

⁴⁶⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 90.

⁴⁶¹ STC 28/1997, de 13 de febrero: “el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 C.E., sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos (disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3293>)”. En sentido similar, STC 248/2000, de 19 de octubre, fundamento jurídico 4º (disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4232>).

⁴⁶² STS de 03 de marzo de 2009 (RJ 1999/2426) que ha declarado que el hecho de que en la ley “no se disponga expresamente un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos”.

indemnización⁴⁶³.

3.2.2.- Actos legislativos de naturaleza no expropiatoria

Tratándose de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria y su posición frente a una obligación indemnizatoria, la problemática es similar a la antes descrita: a) si la norma legal contempla expresamente la concesión de aquella, establece las reglas conforme a las cuales debe determinarse o derechamente establece su improcedencia, habrá que estarse a la ley por aplicación estricta del artículo 139.3 LRJ-PAC⁴⁶⁴; b) si no impone indemnización alguna, no significa que ello sea improcedente. Al igual que tratándose de los actos legislativos de carácter expropiatorio, el legislador en este caso ha entendido que no concurren razones especiales que aconsejen acordarla de manera específica, quedando entregada su concesión a los criterios generales⁴⁶⁵. Ello sería así cuando el órgano jurisdiccional, indagando en la voluntad tácita o la *ratio legis* del legislador, deduce del acto legislativo, siquiera de un modo presunto, un propósito indemnizatorio, al constatar la producción de una lesión o daño real y efectivo en los bienes o derechos de los particulares al margen de la potestad expropiatoria⁴⁶⁶. De esta manera, la concesión de la indemnización

⁴⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El principio de la responsabilidad de los poderes públicos...*, cit., p. 45; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 90.

⁴⁶⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 91.

⁴⁶⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 91. También la jurisprudencia, como lo demuestra la STS de 04 de abril de 2002 (RJ 2002/3349): “la regulación contenida en el artículo 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no es radicalmente contraria a estas conclusiones, si bien exige determinar el alcance del nuevo requisito establecido en el sentido de que la previsión de la indemnización y de su contenido arranque del propio acto legislativo que motiva la lesión, cuestión que los Tribunales habrán de ir resolviendo, sin que sea procedente efectuar ahora afirmaciones categóricas, aunque creo habrá de tenerse en cuenta lo antes dicho sobre conexión entre lesión patrimonial y el mecanismo indemnizatorio de la Responsabilidad Patrimonial referido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1997, de tal modo que pueda distinguirse entre supuestos de previsión expresa del legislador en uno u otro sentido y supuestos de silencio, en los dos primeros habrá de estarse a lo efectivamente dispuesto sin olvidar, claro está, lo establecido en la sentencia citada del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1997 y en el tercer supuesto habrá de avanzarse por el camino fijado por la jurisprudencia...”. CHECA GONZÁLEZ señala que la jurisprudencia, acertadamente a su juicio, no ha prestado atención a si el acto legislativo recoge o no expresamente la concesión de una indemnización, sino que atiende a si el daño consiste o no en un sacrificio especial e imprevisible para alguna persona (CHECA GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos”, en *RJA*, Nº15 (2003), BIB 2003/1014, disponible en www.westlaw.es (visita 05 septiembre 2012), pp. 7 y 8.

⁴⁶⁶ En este sentido, SSTS de 23 de julio de 2010 (La Ley 114294/2010), de 18 de octubre de 2001 (La Ley 185678/2001) y de 17 de junio de 2009 (La Ley 112859/2009).

no queda entregada a la ley sino que a la decisión de los órganos jurisdiccionales⁴⁶⁷.

En contra se manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA, quien sostiene que sólo es procedente una indemnización cuando la ley lo prevé. Agrega que una posible excepción sólo podría configurarse en el caso que estemos en presencia de una ley materialmente expropiatoria que no contemple indemnización: este supuesto no traería aparejado responsabilidad patrimonial alguna que reclamarse ante un tribunal ordinario, ya que la única facultad que le asistiría al juez respectivo sería plantear una cuestión de constitucionalidad ante el TC⁴⁶⁸.

Pero, ¿cuándo estamos en presencia de un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria que haga procedente una indemnización? Se ha afirmado que, dado los términos del artículo 139.3 LRJ-PAC y salvo los casos en que el propio legislador ha determinado expresamente la procedencia de la indemnización, el único supuesto que la admitiría sería aquél en que los daños emanan de una ley declarada inconstitucional⁴⁶⁹. No obstante, también se han señalado como hechos generadores de tal indemnización a la adopción de leyes vulneradoras del principio de confianza legítima⁴⁷⁰ y a la responsabilidad derivada del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea^{471 472 473}.

⁴⁶⁷ RUIZ LÓPEZ, M.A., “La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en el Derecho español”, en *DLL*, N°8151 (2013), La Ley 4873/2013, disponible en www.laleydigital.es (visita 24 marzo 2014), pp. 13 y 14.

⁴⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional”, en *RAP*, N°166 (2005), pp. 117 y 118.

⁴⁶⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 93; AHUMADA RUIZ, M.A., *op. cit.*, p. 340. GARRIDO FALLA es más enfático: es el único supuesto de responsabilidad del Estado legislador (GARRIDO FALLA, F., *Sobre la responsabilidad del...*, cit., p. 46 y 52).

⁴⁷⁰ *Vid.* ALONSO GARCÍA, M.C., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 109 y ss.; GONZÁLEZ BOTIJA, F., “Los principios de la jurisprudencia comunitaria y su influencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del Estado legislador”, en *RDCE*, N°6 (1999), pp. 365 y ss.; GALÁN VIOQUE, R., *op. cit.*, p. 316;

⁴⁷¹ *Vid.* ÁLVAREZ BARBEITO, P., “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del Derecho comunitario”, en *AFDUDC*, N°8 (2004), pp. 61 – 75; ALONSO GARCÍA, M.C y LEIVA RAMÍREZ, E., “La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (Colombia), vol. 13, N°2 (2011), pp. 92 y 93; RUIZ LÓPEZ, M.A., *op. cit.*, pp. 15 y ss.

⁴⁷² Aunque se señala que, en todos los supuestos de actos legislativos no expropiatorios, resulta difícil obtener una sentencia de condena si no se establece la indemnización en el respectivo acto (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Responsabilidad por daños derivados de actos legislativos”, en *RPDD*, N°108/109 (2012), La Ley 16477/2012, disponible en www.laleydigital.es (visita 30 julio 2014), p. 7.

3.2.2.1.- Indemnización de los perjuicios ocasionados por una ley declarada inconstitucional

En relación a la indemnización de los perjuicios ocasionados por una ley declarada inconstitucional, su procedencia se ha admitido cuando se trata de un daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupo de personas y antijurídico, en el sentido de que aquél no tenga el deber jurídico de soportarlo⁴⁷⁴. Respecto de la nota de antijuridicidad, se ha sostenido que ella queda evidenciada con la mera declaración de ilicitud formulada por el Tribunal Constitucional, ya que “debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño”⁴⁷⁵.

Ejemplos conocidos de esta clase de indemnizaciones fueron las concedidas como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, que estableció el gravamen complementario sobre la tasa fiscal de los juegos de suerte, envite o azar, en que se indemnizó por un valor similar al importe de lo indebidamente ingresado a favor de las arcas públicas

⁴⁷³ Sobre el particular, GARCÍA DE ENTERRÍA manifiesta que “el único supuesto legítimo de una verdadera responsabilidad patrimonial por actos legislativos es cuando éstos desconocen o infringen normas superiores de los ordenamientos comunitarios o internacionales dotados del principio de primacía normativa y, por tanto, con capacidad reactiva o neutralizadora de la norma inferior que puede hacer valer el mismo juez” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Sobre la responsabilidad...*, cit., p. 116).

⁴⁷⁴ V.gr., SSTS de 21 de diciembre de 2010 (La Ley 226976/2010); de 14 de septiembre de 2010 (La Ley 157594/2010); de 02 de junio de 2010 (La Ley 114137/2010).

⁴⁷⁵ V.gr., SSTS de 21 de diciembre de 2010 (La Ley 226976/2010); de 14 de septiembre de 2010 (La Ley 157594/2010); de 02 de junio de 2010 (La Ley 114137/2010). En el mismo sentido, ALONSO GARCÍA, M.C., *La reciente jurisprudencia...*, p. 222. En contra AHUMADA RUIZ: “si se parte de la idea, creo que convencionalmente aceptada, de que cualquier cuestión de constitucionalidad es, sobre todo, una cuestión acerca de del preciso alcance y significado de los preceptos constitucionales, o sea, un problema de interpretación (constitucional y, a veces, legal), se comprende bien lo inadecuado de conectar el “hecho” de la inconstitucionalidad de la ley con el comportamiento antijurídico del legislador o, en general, con el ejercicio ilícito de su competencia (AHUMADA RUIZ, M.A., *op. cit.*, p. 336).

más sus respectivos intereses⁴⁷⁶; por los perjuicios causados a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía como consecuencia del pase a segunda actividad en virtud de la disposición adicional 20ª de la Ley 37/1998, en que se indemnizó por una cantidad equivalente “a la percepción de las diferencias retributivas existentes entre la situación de servicio activo y la de segunda actividad, durante el tiempo en que indebidamente permaneció en esta última” más sus intereses⁴⁷⁷; y por los daños irrogados por el RDL 5/2002, sobre Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad, que suprimió la obligación de pago de los salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente en que el empresario opta por la extinción de la relación laboral, en que se indemnizó por una cantidad equivalente a los ciento cuatro días que mediaron, sin que prestara servicios para otro empresario, entre el día siguiente al de los efectos del despido y el de la notificación de la sentencia que declaró la improcedencia del despido, más sus intereses⁴⁷⁸.

Se sostiene que esta respuesta indemnizatoria se ve como la única alternativa posible ante el carácter prospectivo que el TC ha otorgado a los fallos que declaran la inconstitucionalidad de una ley⁴⁷⁹, en virtud del cual los efectos de tal declaración de nulidad sólo tienen eficacia hacia el futuro⁴⁸⁰. Con ello, se

⁴⁷⁶ V. gr., SSTS de 29 de febrero de 2000 (La Ley 8717/2000) y de 13 de junio de 2000 (La Ley 9887/2000).

⁴⁷⁷ V. gr., STS de 17 de julio de 2003 (La Ley 2746/2003).

⁴⁷⁸ V. gr., STS de 02 de junio de 2010 (La Ley 114137/2010).

⁴⁷⁹ CHECA GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad patrimonial de la administración pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, en *Revista Ius et Praxis*, año 10, N°1 (2004), p. 65.

⁴⁸⁰ Tendencia que se asumió por el TC desde su sentencia de 20 de febrero de 1989 (RTC 1989/45). Se señala que “... de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6º) (RTC 1987\19) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad.... entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptible de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquéllas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría -como con razón observa el representante del Gobierno- un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato

posibilita un camino para obtener la restitución de lo recaudado con infracción a lo establecido en la propia Constitución, negado por el efecto irretroactivo en comento y no obstante la consolidación de las situaciones jurídicas generadas en relación a la disposición anulada. Tal deber reparatorio no nace de la disposición legislativa en sí misma, sino de su aplicación al caso concreto⁴⁸¹, permitiendo separar radicalmente la acción dirigida a obtener una compensación directamente del legislador de aquella destinada a cancelar los efectos administrativos originados por la ejecución de la norma inconstitucional⁴⁸².

Sin embargo y como puso de manifiesto la STS de 18 de septiembre de 2003⁴⁸³, es determinante la declaración expresa del TC acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia. Así, los tribunales ordinarios podrían pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad patrimonial y fijar una indemnización en los casos de ausencia de declaración del TC; pero no podrían hacerlo cuando éste excluye cualquier tipo de acción revisora⁴⁸⁴. Con lo cual se afirma, al mismo tiempo, que la obligación de resarcir los daños ocasionados por una ley contraria a la CE está asegurada en normas de rango superior a la LRJ-PAC, como el artículo 40.1 CE, el cual determina el alcance de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad en

recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales”.

⁴⁸¹ QUINTANA LÓPEZ, T., *op. cit.*, p. 135. Como afirma GARRIDO FALLA, “la ley, en cuanto tal, no produce daños concretos; éstos nacen de su aplicación” (GARRIDO FALLA, F., *Sobre la responsabilidad del...*, cit., p. 55).

⁴⁸² ALONSO GARCÍA, M.C., *La reciente jurisprudencia...*, cit., p. 224. Así, se superan los efectos del artículo 40.1 de la LOTC, por el cual “las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

⁴⁸³ La Ley 10349/2004. Destaca el Fundamento de Derecho 4º: “... en nuestra opinión, cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quiénes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad”.

⁴⁸⁴ RUIZ LÓPEZ, M.A., *op. cit.*, p. 12.

desarrollo del artículo 161.1 a) CE⁴⁸⁵.

3.2.2.2.- Indemnización de los perjuicios ocasionados por la vulneración del principio de confianza legítima

Con respecto a la indemnización de los perjuicios ocasionados por la vulneración del principio de confianza legítima, se ha propiciado su reparación cuando el legislador introduce cambios normativos que no son razonablemente previsibles y que no pudieron entrar en el cálculo de quienes adecuaron su conducta económica a una situación jurídica que consideraban estable, viéndose perjudicados por el cambio de regulación⁴⁸⁶.

Esta consecuencia reparatoria tiene su base normativa en el artículo 3 LRJ-PAC, que obliga a las Administraciones Públicas a respetar en su actuación el principio de confianza legítima, el cual sirve, asimismo, como eje sobre el que gira el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado⁴⁸⁷.

Este principio tiene consagración expresa a partir de la STS de 28 de mayo de 1997⁴⁸⁸, que reconoció a las SSTS de 05 de marzo de 1993⁴⁸⁹ y de 27 de junio de 1994⁴⁹⁰ como las decisiones precursoras que establecieron la responsabilidad patrimonial del Estado legislador fundada en la vulneración del principio de confianza legítima. Tales resoluciones –que si bien hacían alusión a los principios de buena fe y seguridad jurídica– acogieron las pretensiones indemnizatorias de sociedades pesqueras que habían desarrollado fuertes inversiones en desarrollo y ejecución de acciones de fomento programadas por el gobierno y materializadas, entre otras disposiciones, en el D. 8-10-1976 y RD. 30-4-1985, en virtud de las cuales crearon empresas pesqueras conjuntas en ponderación de los concretos beneficios que se reconocían a los armadores españoles (créditos a la exportación de buques de pesca en explotación,

⁴⁸⁵ RUIZ LÓPEZ, M.A., *op. cit.*, p. 13.

⁴⁸⁶ AHUMADA RUIZ, M.A., *op. cit.*, p. 310.

⁴⁸⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, p. 16.

⁴⁸⁸ RJ 1997/5943. *Cfr.* GONZÁLEZ BOTIJA, F., *op. cit.*, p. 366.

⁴⁸⁹ RJ 1993\1623.

⁴⁹⁰ RJ 1994\4981.

cobertura de los riesgos de inversiones y la importación de pescado con exención del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables), acomodando su actividad a la política de fomento del gobierno. Pues bien, como consecuencia de la aprobación de la Ley de Adhesión a la Comunidad Europea suscrito por el Reino de España y promovido por el gobierno, resultaron eliminados, aunque fuera progresivamente, los cupos exentos de arancel, que, según parece, era el mayor beneficio para las empresas pesqueras españolas.

Como consecuencia de ello, se hizo lugar a la respectiva indemnización por “la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es daño, no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que es consecuencia directa (nexo causal) de los concretos actos que se aducen y que hemos examinado como determinantes de la lesión patrimonial...”⁴⁹¹.

Más recientemente se han concedido esta clase de indemnizaciones por las delimitaciones impuestas por leyes de Comunidades Autónomas a las facultades dominicales de los particulares. Así, se estimó vulnerado el principio de confianza legítima de quien, actuando de buena fe y conforme a la legislación entonces vigente, realizó gastos destinados a la terminación de un proyecto urbanístico cuya viabilidad había sido proclamada bajo el amparo de la disposición transitoria de una ley y que fue eliminada por la nueva redacción de aquélla por una nueva ley⁴⁹².

⁴⁹¹ Fundamento de Derecho 3º de las SSTs de 05 de marzo de 1993 y de 27 de junio de 1994, ya citadas.

⁴⁹² STS de 23 de julio de 2010 (La Ley 114294/2010): “... mas el caso presenta la particularidad de que la Ley 6/1999, de 3 de abril, directrices de ordenación territorial y medidas tributarias, en su Disposición Transitoria Sexta, cuyo apartado 1 establece que Excepcionalmente mantendrán la clasificación urbanística de suelo urbanizable o apto para la urbanización los terrenos que cumplan la totalidad de las siguientes condiciones. Y en el 2. c) dice expresamente “Los terrenos aislados aptos para la urbanización del municipio de Campos que disponen de un plan parcial aprobado provisionalmente, por lo cual queda sin efecto la actuación administrativa que había suspendido parcialmente las normas subsidiarias, y proseguirá la tramitación urbanística que corresponda”. Resulta por tanto razonable la

Se ha afirmado que la virtualidad de este principio puede comportar la anulación y, cuando menos, obliga a responder en el marco comunitario, de la alteración de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento⁴⁹³.

Debe consignarse que la invocación de este principio no puede impedir las nuevas regulaciones hacia el futuro o servir de medio para mantener una determinada situación beneficiosa⁴⁹⁴. Asimismo, si lo que se impugna es el contenido de una norma, no puede utilizarse la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración para tal fin, sino que habrá que plantear ante el TC el respectivo recurso o cuestión de inconstitucionalidad⁴⁹⁵.

En todo caso, el título indemnizatorio en comento se trata de un supuesto excepcional, como lo reconoce la doctrina que lo acepta⁴⁹⁶ y la jurisprudencia, que ha señalado que se excluye el derecho a la reparación y se da "prevalencia a la potestad de innovación normativa, con el fin de que no queden petrificadas regulaciones al margen de la evolución real de los intereses generales y del ejercicio de las facultades de apreciación de los órganos llamados a velar por ellos, según las competencias reconocidas por la Constitución y la ley"⁴⁹⁷. Además, este supuesto reparatorio generalmente

valoración de la Sala de instancia acerca de la quiebra del principio de confianza legítima mediante la aprobación por Ley 9/1999, de 6 de octubre, ordenación territorial que confiere nuevo redactado a la antedicha disposición transitoria suprimiendo la antedicha excepcionalidad, sin que en la exposición de motivos figure justificación alguna del cambio operado en tan escasos meses..."

⁴⁹³ Fundamento de Derecho 6º de la STS de 28 de mayo de 1997, ya citada.

⁴⁹⁴ Como lo resolvió la STS de 16 de diciembre de 2008 (La Ley 193779/2008), al rechazar la demanda presentada por un Profesor Titular Mercantil-Economista, Censor Jurado de Cuentas y Auditora, en razón de los daños y perjuicios que entiende le causan las limitaciones impuestas al ejercicio de su profesión por el art. 28 de la Ley Concursal, por el cual se prohíbe la designación de administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores; a quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anteriores; y a quienes se encuentren inhabilitados, conforme al art. 181, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior".

⁴⁹⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, p. 17.

⁴⁹⁶ *Cfr.*, ALONSO GARCÍA, M.C y LEIVA RAMÍREZ, E., *op. cit.*, p. 89.

⁴⁹⁷ Entre otras, STS de 16 de diciembre de 2008 (La Ley 193779/2008), Fundamento de Derecho 3º.

será desestimado cuando la ley cuestionada contemple la aplicación temporal escalonada de la norma o las respectivas medidas compensatorias⁴⁹⁸.

Particularmente crítico de este título indemnizatorio se manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA. Señala que sólo si el principio de protección de la confianza tuviese rango constitucional podría invocarse su infracción como causa de responsabilidad del legislador⁴⁹⁹, lo que él rechaza, no pudiendo estimarse que tenga tal jerarquía por ser una manifestación del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE: “la seguridad jurídica es un postulado con una muy amplia proyección, entre la cual puede entenderse sin dificultad que pueda incardinarse el principio de protección de la confianza, pero en modo alguno cabría admitir que esa deducción invista necesariamente rango constitucional a este último principio en la totalidad de sus aplicaciones”⁵⁰⁰.

Agrega que la protección de los derechos o intereses de los particulares mediante el mantenimiento de la situación jurídica existente, descartando cualquier intento de innovación, es una nota característica del orden antiguo o posmoderno que fue abandonado por la nueva configuración del legislador que emergió de las revoluciones democráticas⁵⁰¹. Señala que, a diferencia de las situaciones jurídicas subjetivas o individuales, las situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, creadas por Leyes o Reglamentos igualmente generales, impersonales y objetivos, no tienen ninguna posibilidad de perseverar ante el cambio de la Ley o el Reglamento que las ha creado y que pueden, con la misma potestad, sustituirlas por una nueva situación general y objetiva, frente a lo cual ninguno de los incluidos en la situación legal o reglamentaria anterior tiene absolutamente ningún derecho⁵⁰². Cita jurisprudencias del TC y TS que avalan su tesis⁵⁰³.

⁴⁹⁸ GONZÁLEZ BOTIJA, F., *op. cit.*, pp. 369 y ss.; ALONSO GARCÍA, M.C y LEIVA RAMÍREZ, E., *op. cit.*, p. 89.

⁴⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El principio de protección de la confianza...*, cit., pp. 175 y ss.

⁵⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El principio de protección de la confianza...*, cit., p. 176.

⁵⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El principio de protección de la confianza...*, cit., p. 189.

⁵⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El principio de protección de la confianza...*, cit., pp. 197 y 198.

⁵⁰³ Entre las que se destaca la STS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9393), que se pronunció sobre la supresión del llamado “turno de consorte” para los trasladados en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza General Básica: “... el Real Decreto 895/1989, de 14 julio, no vulnera ningún derecho adquirido, pues quienes hicieron uso del “turno de consorte”, al amparo de la normativa anterior, y obtuvieron una plaza por ese turno consolidaron esa plaza, y no se

3.2.2.3.- Indemnización de los perjuicios ocasionados por la vulneración del Derecho Comunitario

El TJCE ha proclamado como “un principio inherente al sistema del Tratado” la regla según la cual los particulares tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que hayan sufrido como consecuencia de una violación del derecho comunitario imputable a las autoridades nacionales⁵⁰⁴. Sentencias trascendentes que consagran esta regla son las de *Francoovich y Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991⁵⁰⁵, y *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, de 05 de marzo de 1996⁵⁰⁶, entre otras⁵⁰⁷.

Conforme a lo dicho, existen tres ideas fundamentales: a) los Estados miembros no pueden liberarse de responsabilidad invocando el reparto interno de competencias y responsabilidades dentro del ordenamiento interno ni alegando que la autoridad pública autora de la infracción no disponía de las

ven afectados en la plaza así adjudicada, por la variación reglamentaria introducida por el referido Real Decreto, que no contempla para el futuro ese sistema de provisión. Cosa distinta es la pretensión de la recurrente, de hacer pervivir en el tiempo, al socaire de un derecho adquirido, la subsistencia del «turno de consorte» en el Real Decreto impugnado, para con ello poder usar de dicho turno en futuras provisiones de puestos de trabajo, pues esto último no pasa de ser una simple expectativa, y el Gobierno, en uso de su “potestas variandi” no venía obligado a mantener inmutable una concreta regulación reglamentaria anterior. No se produce, por tanto, con el Real Decreto impugnado, ninguna vulneración de derechos adquiridos”. Y otra de la misma fecha, pero referida a las reclamaciones por reducción de la edad de jubilación: “... por lo que, si en este caso no existen bienes o derechos que hayan sido objeto de expropiación, naturaleza expropiatoria de los preceptos legales que adelantan la edad de jubilación que ha sido negada por el Tribunal Constitucional, no parece que pueda ampararse en dichos preceptos la indemnización solicitada con base en la frustración de meras expectativas de derecho, además de que, admitir lo contrario conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas de modificaciones que pretendan adaptar la legislación anterior, dentro del marco constitucional, a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales, cuando, como ocurre con frecuencia, conllevan una privación de expectativas generadas por las Leyes que se modifican, supresión o modificación en la ubicación geográfica de órganos administrativos o judiciales, modificaciones de plantillas o del régimen de ascensos, limitaciones en cuanto a las personas a las que la legislación anterior reconocía el derecho a subrogaciones arrendaticias, etc.” (STS 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/8769).

⁵⁰⁴ Cfr., MACERA, B-F, “La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE”, en *RAP*, N°149 (1999), p. 169; ÁLVAREZ BARBEITO, P., “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del Derecho comunitario”, en *AFDUDC*, N°8 (2004), p. 69; NICOLÁS LUCAS, A., “La incidencia en la práctica española del principio de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho comunitario”, en *RAP*, N°168 (2005), p. 376.

⁵⁰⁵ TJCE 1991/296

⁵⁰⁶ TJCE 1996/37

⁵⁰⁷ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El fin del caso *Factortame*. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido”, *RAP*, N°145 (1998), pp. 117 y ss.; MACERA, B-F, *op. cit.*, pp. 169 y ss.; NICOLÁS LUCAS, A., *op. cit.*, p. 357.

competencias, conocimientos o medios necesarios; b) los jueces nacionales deben garantizar la eficacia del Derecho comunitario y la protección de los derechos que éste le confiere a los particulares, la cual se extiende a la posibilidad de obtener una reparación; y, c) ante la coexistencia de ambos regímenes de responsabilidad patrimonial por actividad legislativa, sea el del Derecho interno, sea el comunitario, debe aplicarse el más favorable para el administrado⁵⁰⁸.

El fundamento de esta responsabilidad lo encontramos en el principio de primacía del ordenamiento comunitario⁵⁰⁹, sustentado en el carácter obligatorio de las normas comunitarias de Derecho derivado y el compromiso de cooperación leal en el cumplimiento de los tratados y del Derecho derivado⁵¹⁰. También, en el efecto directo de las Directivas comunitarias, conforme al cual el contenido de éstas puede ser invocado por los particulares en los litigios con la Administración, aunque no hayan sido incorporadas al ordenamiento interno o lo hayan sido de manera incorrecta⁵¹¹. Y, finalmente, en el artículo 10 del Tratado CE (antiguo artículo 5), según el cual “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión”⁵¹².

Los requisitos para hacer procedente esta clase de indemnización, cualquiera sea el órgano del Estado y la actuación causante de la lesión, son los siguientes: a) que la norma comunitaria violada tenga por objeto conferir derecho a los particulares; b) que la violación esté suficientemente caracterizada; y, c) que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que recae sobre el Estado y el daño sufrido por

⁵⁰⁸ RUIZ LÓPEZ, M.A., *op. cit.*, pp. 17 y 18.

⁵⁰⁹ MACERA, B-F, *op. cit.*, p. 170; ÁLVAREZ BARBEITO, P., *op. cit.*, pp. 66 y 67; NICOLÁS LUCAS, A., *op. cit.*, p. 358.

⁵¹⁰ ÁLVAREZ BARBEITO, P., *op. cit.*, p. 66.

⁵¹¹ NICOLÁS LUCAS, A., *op. cit.*, p. 359. Se precisa que es un efecto directo “vertical”, ya que no resulta aplicable a la relaciones entre privados.

⁵¹² MACERA, B-F, *op. cit.*, p. 171; ÁLVAREZ BARBEITO, P., *op. cit.*, p. 67; NICOLÁS LUCAS, A., *op. cit.*, p. 359.

el reclamante⁵¹³.

De las exigencias anteriores, la que mayor dificultad presenta es la segunda, puesto que implica desentrañar el sentido de la expresión “violación suficientemente caracterizada”⁵¹⁴ del Derecho comunitario. Sobre este extremo, el TS⁵¹⁵ ha exigido una “inobservancia manifiesta y grave, por parte de un Estado miembro o de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación”, para lo cual el órgano jurisdiccional apreciará “el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario”⁵¹⁶. Asimismo, se declara concurrente este requisito cuando la infracción ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento

⁵¹³ Cuya última formulación se generó a partir de la STS de 17 de septiembre de 2010 (La Ley 165820/2010), por acción intentada por Transportes Urbanos y Servicios Generales Sal. *Cfr.*, RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., “La rectificación por el Tribunal Supremo de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario”, en AA, N°2, tomo II (2011), La Ley 15204/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 09 septiembre 2014), pp. 8 y ss.; DE JUAN CASEDEVALL, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por infracción del Derecho de la Unión en materia tributaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010”, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, N°9 (2011), BIB 2011/548, disponible en www.aranzadidigital.es (visita 09 septiembre 2014), pp. 3 y ss.; SESMA SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del Derecho comunitario (comentario a la STS de 17 de octubre de 2010), en *DLL*, N°7553 (24 enero 2011), La Ley 15150/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 09 septiembre 2014), pp. 1 y ss.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, p. 20. Todo lo anterior, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia europea, *v. gr.*, STJCE de 23 de abril de 2008 (TJCE 2008/120), STJCE de 13 de marzo de 2007 (TJCE 2007/59) y STJCE de 12 de diciembre de 2006 (TJCE 2006/357).

⁵¹⁴ Terminología que también se ha criticado, desde que ella emana de la locución inglesa “*sufficiently serious breach*”, cuyo traducción más acorde al sentido de la institución sería “violación suficientemente grave” (*cfr.*, DE JUAN CASEDEVALL, J., *op. cit.*, p. 5).

⁵¹⁵ *V.gr.*, STS de 20 de noviembre de 2013 (La Ley 190831/2013) así como la jurisprudencia que en ella se indica.

⁵¹⁶ También ÁLVAREZ BARBEITO, P., *op. cit.*, p. 73; DE JUAN CASEDEVALL, J., *op. cit.*, p. 5; NICOLÁS LUCAS, A., *op. cit.*, pp. 362 y 363; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, pp. 22 y 23.

controvertido⁵¹⁷.

En esta clase de indemnizaciones, la reparación que se otorga consiste en la devolución de la cantidad indebidamente ingresada (acción de restitución)⁵¹⁸, o bien, en una “compensación pecuniaria equitativa”⁵¹⁹, debiendo respetarse los principios de equivalencia y de efectividad⁵²⁰.

Conforme al principio de equivalencia, los Estados miembros quedan impedidos de aplicar a esta clase de reclamaciones trámites o requisitos más gravosos que aquellos que se susciten con ocasión de decisiones o inactividades contrarias al Derecho interno⁵²¹, tales como los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización⁵²², estatuto aplicable⁵²³, recursos y plazos⁵²⁴, entre otros.

En virtud de este principio, el TS tuvo que modificar su doctrina anterior, como lo pone de manifiesto el N°48 del Fundamento de Derecho noveno de la STS de 17 de septiembre de 2010: “la respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 (LA LEY 213/2010) del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo, resumida en el fundamento sexto, sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a

⁵¹⁷ También ÁLVAREZ BARBEITO, P., *op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁵¹⁸ DE JUAN CASEDEVALL, J., *op. cit.*, p. 6.

⁵¹⁹ *Vid.*, STJCE de 21 de febrero de 2008 (BIB 2008/29).

⁵²⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, p. 21; DE JUAN CASEDEVALL, J., *op. cit.*, p. 7.

⁵²¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, p. 21. En sentido similar, FALCÓN Y TELLA, R., “La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del ordenamiento comunitario: la STJ 26 enero 2010 (Asunto Transportes Urbanos) y sus consecuencias”, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, N°4 (2010), BIB 2010/175, disponible en www.aranzadidigital.es (visita 09 septiembre 2014), pp. 1 y 2.

⁵²² DE JUAN CASEDEVALL, J., *op. cit.*, p. 7.

⁵²³ RUIZ LÓPEZ, M.A., *op. cit.*, p. 18.

⁵²⁴ CALDERÓN GONZÁLEZ, J.M., “La responsabilidad patrimonial del Estado en los supuestos de contradicción con el Derecho Comunitario. Presupuestos de su aplicación”, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, N°9 (2013), BIB 2013/917, disponible en www.aranzadidigital.es (visita 09 septiembre 2014), pp. 9 a 11; PEDRAZ CALVO, M., “Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, N°19 (2011), La Ley 15760/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 09 septiembre 2014), p. 20.

rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 (LA LEY 944/2004) y 24 de mayo de 2005 (LA LEY 116277/2005) , que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expuso, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad”⁵²⁵.

El principio de efectividad impide a los Estados miembros de la Unión establecer regulaciones que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación que se solicita⁵²⁶. Así, se ha resuelto que “la exclusión total, en concepto de daño reparable, del lucro cesante no puede admitirse en caso de violación del Derecho comunitario, ya que, especialmente en materia de litigios de carácter económico o mercantil, tal exclusión total del lucro cesante puede imposibilitar en la práctica la reparación del daño...”⁵²⁷. También, que el derecho a una tutela judicial efectiva se opone a una normativa nacional que se interpreta en el sentido de que los miembros de una unión temporal de empresas, licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, sean privados de la posibilidad de solicitar, a título individual, la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual a raíz de una resolución adoptada por una autoridad distinta del poder adjudicador, que forme parte de dicho procedimiento de conformidad con las normas nacionales aplicables y que pueda influir en su desarrollo⁵²⁸.

Finalmente, se trata de una responsabilidad objetiva⁵²⁹, puesto que la procedencia de la indemnización no queda supeditada al requisito de la culpa, desde que, de lo contrario, se pondría en entredicho el derecho a la debida

⁵²⁵ La Ley 165820/2010.

⁵²⁶ DE JUAN CASEDEVALL, J., *op. cit.*, p. 7.

⁵²⁷ STJUE de 13 de julio de 2006 (La Ley 87883/2006)

⁵²⁸ STJUE de 06 de mayo de 2010 (La Ley 34332/2010)

⁵²⁹ MACERA, B-F, *op. cit.*, p. 174; ÁLVAREZ BARBEITO, P., *op. cit.*, p. 72; NICOLÁS LUCAS, A., *op. cit.*, p. 360; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *op. cit.*, p. 23.

reparación que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario⁵³⁰. Por lo tanto, lo que da nacimiento a la obligación reparatoria es la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento del Derecho comunitario y los perjuicios causados a los particulares⁵³¹.

3.2.3.- Calificación de una ley de naturaleza expropiatoria y corolario

Cabe agregar, en todo caso, que la circunstancia de que una ley sea o no de carácter expropiatorio no depende de la calificación que haga el legislador, sino que se desprende de su propia naturaleza. De lo contrario, se burlaría la garantía constitucional del derecho de propiedad⁵³².

Con todo lo antes dicho y, al igual que la responsabilidad patrimonial de la Administración, la procedencia de una indemnización a favor del particular como consecuencia de intromisiones autorizadas o legítimas del legislador no requiere de una previsión legislativa expresa que así la disponga. Por lo tanto, no es decisivo para el nacimiento de la obligación reparatoria el hecho de que la norma que autoriza la respectiva actuación contemple en su estructura expresamente la necesidad de indemnizar al particular. Así, en aquellos supuestos en que la ley no la ha considerado, corresponderá al juez determinarla.

⁵³⁰ En este sentido, *v. gr.*, STJCE de 05 de marzo de 1996 (TJCE 1996/37): “por consiguiente, la obligación de reparar los daños causados a los particulares no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario. En efecto, imponer un requisito suplementario de tal naturaleza equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario”.

⁵³¹ MACERA, B-F, *op. cit.*, p. 174. *Vid.*, STJCE de 23 de abril de 2008 (TJCE 2008/120), STJCE de 13 de marzo de 2007 (TJCE 2007/59) y STJCE de 12 de diciembre de 2006 (TJCE 2006/357), que detallan los presupuestos de la responsabilidad por infracción al Derecho comunitario.

⁵³² GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 88. QUINTANA LÓPEZ señala que “... la vocación expropiatoria que pueden tener las disposiciones con rango de Ley exige el respeto de las garantías básicas del derecho de propiedad, y su exclusión determina la inconstitucionalidad; consecuentemente también con este planteamiento, toda lesión patrimonial derivada de la aplicación de una Ley de naturaleza no expropiatoria es el campo de la llamada responsabilidad patrimonial del Estado legislador... (QUINTANA LÓPEZ, T., *op. cit.*, pp. 125 y 126)”.

III.- SUPUESTO TÍPICO DE INDEMNIZACIÓN DE DERECHO PÚBLICO POR ACTUACIÓN CONFORME A DERECHO: LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR UNA EXPROPIACIÓN FORZOSA

1.- Palabras previas

El artículo 33.3 CE dispone que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. Por su parte, conforme al artículo 1.1 LEF, el concepto de expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social comprende “cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”.

De esta manera, el régimen de expropiación forzosa se construye sobre dos principios esenciales: la potestad expropiatoria, que permite al poder público privar a los particulares de bienes y derechos; y la garantía patrimonial, que reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizado por tal privación⁵³³. Pues bien, este último extremo es el objeto de nuestra atención.

2.- Concepto de expropiación forzosa

Como hemos dicho, la expropiación pretende ser una garantía patrimonial del administrado frente a los perjuicios causados por la Administración⁵³⁴, no obstante tratarse de una privación singular. Ahora bien, los términos genéricos del artículo 33.3 CE convierten a la expropiación forzosa en una institución necesitada de la correspondiente configuración legal, como lo manifiesta la

⁵³³ Entre varios, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Potestad expropiatoria...*, cit., p. 1035; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 120; LÓPEZ MENUDO, F., CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT REINA, E., *La expropiación forzosa*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 27.

⁵³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 143 y ss.; BARNÉS, J., “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 53.

parte final de tal disposición⁵³⁵. Por ello recurriremos a la jurisprudencia del TC para determinar su conceptualización.

Así, la STC de 15 de marzo de 1990⁵³⁶ refiere que "... la existencia misma del concepto de expropiación de derechos –en cuanto presupuesto previo de la necesidad de indemnización–... se encuentra integrado por dos elementos esenciales: que se trate de derechos, y no de meras expectativas, y que la privación de los mismos sea de carácter "singular", esto es, represente un "sacrificio especial" impuesto a uno o varios sujetos, y no una limitación o regulación general del contenido de un derecho, que no priva del mismo, sino que lo configura *ex novo* o bien modifica una situación normativa general anterior".

Como primer presupuesto, el objeto de la expropiación está constituido por la privación de bienes y derechos (artículo 33.3 CE) y la afectación de intereses patrimoniales legítimos (artículo 1.1 LEF), descartándose la indemnización por privación o afectación de meras expectativas. Por lo anterior, el propio TC ha precisado que "... la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros"⁵³⁷. Por ello, no se ha concedido indemnización por considerarse como mera expectativa la mantención de una determinada edad de jubilación ante una ley que la redujo⁵³⁸; la de mantener los empleados públicos las condiciones en que realizan su función o tarea al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia en que lo estuvieran cuando ingresaron en aquella⁵³⁹; y la de recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser

⁵³⁵ PARDO FALCÓN, J., "El Tribunal Constitucional en la propiedad", en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier Barnés), Tecnos, Madrid, 1995, p. 73.

⁵³⁶ STC 41/1990 en BOE N°85, suplemento, de 09 de abril de 1990, entre varias que expresan lo mismo.

⁵³⁷ STC 108/1986 de 29 de julio, en BOE N°193, suplemento, de 13 de agosto de 1986.

⁵³⁸ *Ídem*. Esta es una de las sentencias que alentaron el debate sobre la responsabilidad del Estado legislador, ya que, no obstante rechazar el recurso de inconstitucionalidad, declara que tal hecho pueda "merecer algún género de compensación", abriendo, con ello, la puerta a la indemnización por acto del legislador, lo cual, a juicio de GARRIDO FALLA, se debe a la "mala conciencia" del TC al rechazar tal recurso (GARRIDO FALLA, F., *Sobre la responsabilidad...*, cit., p. 38).

⁵³⁹ STC 178/1989, de 02 de noviembre, en BOE N°290, suplemento, de 04 de diciembre de 1989.

concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación⁵⁴⁰

Ahora bien, en relación a qué se entiende por “intereses patrimoniales legítimos”, GARCÍA DE ENTERRÍA nos dice que se trata de un “concepto válvula” cuya modulación se confía a la prudencia de los Tribunales y lo serán “sólo aquellos sumamente calificados cuyo sacrificio imponga la consecuencia de una indemnización”⁵⁴¹. Se han calificado como tales, por ejemplo, a la situación de los precaristas, los que tienen derecho a una indemnización por la pérdida de la posesión del bien expropiado siempre que se acredite cumplidamente que se les ha causado un perjuicio⁵⁴².

El segundo presupuesto dice relación con que la privación de derechos efectuada por medio de la expropiación forzosa sea de carácter singular y no constituya una simple regulación o delimitación de aquéllos⁵⁴³. De esta exigencia y sus contornos nos haremos cargo a continuación.

3.- Distinción de la expropiación forzosa con la delimitación de derechos y la responsabilidad patrimonial de la Administración

Conviene distinguir previamente al instituto expropiatorio de otras instituciones estrechamente vinculadas con éste: la delimitación de derechos y la responsabilidad patrimonial de la Administración, que pueden traer o no aparejada una respuesta indemnizatoria.

3.1.- Expropiación forzosa y delimitación de derechos

Como conclusión normal se ha sostenido que la delimitación de derechos no debe dar lugar a indemnización, a diferencia de la expropiación, que ha sido

⁵⁴⁰ STC de 05 de marzo de 2015 en recurso de inconstitucionalidad 1114/2013, disponible en http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_024/2013-01114STC.pdf (visita 19 marzo 2015).

⁵⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 54.

⁵⁴² Como lo declara, entre varias, la STS de 28 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8413).

⁵⁴³ PARDO FALCÓN, J., *op. cit.*, pp. 74 y 75.

concebida para conciliar las exigencias del interés general con la garantía patrimonial de los derechos de los administrados precisamente mediante aquélla⁵⁴⁴. Tal aserto, con base normativa en los artículos 33.2 CE para el derecho de propiedad y el artículo 53.1 CE para los demás derechos, no obstante, presenta dificultades en la determinación de su sentido y alcance, dada la “evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa”⁵⁴⁵, la cual ha hecho difusos los límites entre ambas instituciones. Esta afirmación es aún más aguda para el sistema español, que incluye dentro del objeto de la expropiación no sólo al derecho de propiedad sino también al resto de los derechos patrimoniales como a los intereses patrimoniales legítimos.

Esta problemática no es propia del sistema español, sino de todos los ordenamientos que regulan el instituto expropiatorio⁵⁴⁶. Cabe resaltar la solución adoptada en el sistema norteamericano, en la cual no obstante no contener la Enmienda V ninguna reserva en favor de los posibles efectos limitadores de una ley reguladora de la propiedad, la práctica jurisprudencial develó que había que distinguir entre el *taking* y la *regulation*, situación esta última de la cual puede resultar alguna reducción de utilidad al propietario sin necesidad de indemnización alguna⁵⁴⁷. Si bien no hay una fórmula precisa que determine cuando concluye una *regulation* y comienza un *taking*, se afirma que “el *eminent domain* toma (*take*) una propiedad y la aplica para un uso que beneficia al público, mientras que el *police power* (fuente normal de la *regulation*) restringe al propietario en el uso o disfrute de su propiedad porque

⁵⁴⁴ BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 42; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 86; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el Derecho comparado”, en *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (coordinadores Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero O.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 3042 y 3043; LÓPEZ MENUDO, F., CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT REINA, E., *op. cit.*, pp. 27 y ss.; PARDO FALCÓN, J., *op. cit.*, pp. 74 y 75.

⁵⁴⁵ Como lo pone de manifiesto en el trabajo de la misma denominación NIETO, A., *op. cit.*, pp. 67 y ss.

⁵⁴⁶ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La garantía constitucional...”, recién citado; BAÑO LEÓN, J.M., “Aproximación al régimen jurídico de la expropiación forzosa en Francia, Italia y Alemania”, en *DA*, N°221 (1990), pp. 214 – 215; PONT CASTEJÓN, I., “La técnica expropiatoria en Derecho anglosajón. Estados Unidos y Gran Bretaña”, en *DA*, N°221 (1990), pp. 244 y ss.

⁵⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La garantía constitucional...”, cit., pp. 3044 y 3045; PONT CASTEJÓN, I., *op. cit.*, pp. 244 y ss.

un ejercicio ilimitado de los derechos de propiedad es considerado contrario al interés público...”⁵⁴⁸.

3.1.1.- Teorías para determinar el criterio que permite distinguir a la expropiación forzosa de la delimitación de derechos

La distinción entre delimitación de derechos y expropiación ha sido una materia de difícil solución. Sobre el particular se han dado los siguientes lineamientos:

3.1.1.1.- Criterio de la privación singular de la propiedad (Einzelaktstheorie)

Uno de los primeros criterios para diferenciarlos fue el del acto individual o de la privación singular de la propiedad (*Einzelaktstheorie*), conforme al cual la expropiación sólo tiene lugar cuando existe privación de los derechos de una persona determinada o de un círculo delimitado de personas mediante un acto individual de poder⁵⁴⁹. En este caso, como debe determinarse si la intervención estatal es una delimitación del contenido del derecho o una mutilación del mismo, se resuelve el dilema de la siguiente forma: las normas generales delimitan derechos, en cambio, los actos individuales los mutilan y hacen procedente una indemnización⁵⁵⁰.

3.1.1.2.- Teoría del sacrificio impuesto (Aufopferungstheorie)

No obstante, constatándose que la citada teoría intentaba resolver un problema material con medios y procedimientos absolutamente formales⁵⁵¹, unida a la crisis a la que se vio enfrentado el concepto liberal de ley –que ya no pudo seguir entendiéndose como una simple oposición entre lo individual y lo general–, la doctrina buscó la solución en la teoría del sacrificio impuesto (*Aufopferungstheorie*), que es un intento dogmático de explicar las razones por

⁵⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La garantía constitucional...”, cit., p. 3045, citando a SCHWARTZ.

⁵⁴⁹ VILLAR PALASÍ, J.L., “Justo precio y transferencias coactivas”, en *RAP*, N°18 (1955), pp. 14 y 15; NIETO, A., *op. cit.*, pp. 73–75; FORSTHOFF, E., *op. cit.*, pp. 440 y 441.

⁵⁵⁰ NIETO, A., *op. cit.*, p. 73.

⁵⁵¹ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)”, en *REDA*, N°19 (1978), p. 552.

las cuales determinadas intervenciones del Estado imponen el deber de indemnizar⁵⁵². Con base en el § 75 de la introducción al *Landrecht* prusiano, esta tesis postuló que cuando hay colisión entre los derechos individuales con los derechos del bien común, los derechos de los particulares deben sacrificarse, implicando tal sacrificio un deber de indemnización⁵⁵³.

Esta teoría no contrastó con la teoría del acto individual antes mencionada, puesto que la identificación automática que establecía la teoría del *Einzelakt* entre indemnización y acto particular no permitía avizorar el elemento en que descansaba su verdadera justificación jurídica, que era el concepto de “sacrificio”. La *Aufopferungstheorie* abandonó el elemento formal de la individualidad o generalidad del acto interventor, radicándose ahora el dato decisivo en la imposición imperativa por el poder público de un sacrificio a los derechos de las personas⁵⁵⁴.

Ante la insuficiencia de la teoría de la privación impuesta de contemplar todos los supuestos expropiatorios que efectúa la Administración⁵⁵⁵ y el carácter subsidiario de la *Aufopferungstheorie*⁵⁵⁶, se desarrollaron una serie de construcciones doctrinarias que buscaron la existencia de criterios materiales para deslindar la delimitación de derechos con el instituto expropiatorio: a) la teoría del sacrificio singular (*Sonderopfertheorie*); b) la teoría del merecimiento de protección (*Schutzwürdigkeitstheorie*); c) de la minoración de la sustancia o esencia (*Substanzminderungstheorie*); d) de la exigibilidad (*Zumutbarkeitstheorie*); e) de la igualdad; f) de la utilidad privada (*Privatnützigkeitstheorie*); g) de la alienación o pérdida de la finalidad (*Zweckentfremdungstheorie*); y, h) teoría del carácter de la ley⁵⁵⁷, a saber:

⁵⁵² NIETO, A., *op. cit.*, p. 77; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, pp. 81–82.

⁵⁵³ NIETO, A., *op. cit.*, p. 77; FORSTHOFF, E., *op. cit.*, pp. 441 y 442.

⁵⁵⁴ NIETO, A., *op. cit.*, p. 78.

⁵⁵⁵ VILLAR PALASÍ, J.L., *op. cit.*, p. 16.

⁵⁵⁶ NIETO, A., *op. cit.*, p. 78.

⁵⁵⁷ *Cfr.*, NIETO, A., *op. cit.*, pp. 73 y ss.; VILLAR PALASÍ, J.L., *op. cit.*, pp. 14 y ss.; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, *cit.*, pp. 86 y ss.

3.1.1.3.- Teoría del sacrificio especial (Sonderopfertheorie)

Esta opinión postula que es expropiatorio aquel ataque a la propiedad que incide sobre el afectado o afectados de una manera especial, más gravosa que el resto de los ciudadanos, constituyendo un sacrificio especial⁵⁵⁸. De esta manera, el deslinde entre la delimitación del contenido dominical y la intervención expropiatoria reside en el criterio de la existencia de un “sacrificio singular que no se exige a los demás”⁵⁵⁹.

Las principales críticas a las que se ve enfrentada esta teoría dicen relación con la concreción del criterio que permita definir cuándo se está ante un sacrificio especial o desigual y cuando no⁵⁶⁰; así como que conduce a la absurda consecuencia de reducir la garantía constitucional del dominio a medida que aumenta el círculo de afectados o el volumen de propietarios lesionados, pues cuanto mayor sean éstos más se sitúa la incidencia estatal en el marco de lo general, con independencia de la profundidad de la incidencia sobre el derecho mismo⁵⁶¹.

3.1.1.4.- Teoría del merecimiento de protección (Schutzwürdigkeitstheorie)

Esta teoría señala que lo determinante para determinar la existencia de una expropiación es si la intervención afecta o no un aspecto digno de protección de la propiedad⁵⁶², basándose en la intensidad, gravedad y alcance de aquél⁵⁶³. Para determinar la dignidad de la protección se debe acudir a una serie de elementos: la historia, la mentalidad general, el lenguaje ordinario y la expresión de la ley⁵⁶⁴.

⁵⁵⁸ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 88 y 89.

⁵⁵⁹ KIMMINICH, O., “La propiedad en la Constitución alemana”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 164.

⁵⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 69.

⁵⁶¹ PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, pp. 554 – 557.

⁵⁶² MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 87.

⁵⁶³ NIETO, A., *op. cit.*, pp. 78 y 79.

⁵⁶⁴ NIETO, A., *op. cit.*, p. 79.

3.1.1.5.- Teoría de la minoración de la sustancia o de su esencia (Substanzminderungstheorie)

Esta tesis indica que lo concluyente es si tras la intervención sigue o no presente el contenido esencial de la propiedad⁵⁶⁵.

3.1.1.6.- Teoría de la exigibilidad (Zumutbarkeitstheorie)

Esta posición examina si el sacrificio que se impone al particular está dentro de lo exigible, es decir, si es digno de ser protegido prevalentemente el interés de la comunidad sobre el interés particular del propietario⁵⁶⁶.

Debe consignarse que las tres últimas teorías descritas han sido fuertemente criticadas, ya que la amplitud y flexibilidad de sus conceptos introducirían una absoluta e incierta discrecionalidad sencillamente incompatible con la seguridad jurídica⁵⁶⁷.

3.1.1.7.- Teoría de la igualdad

Este criterio enseña que el quebrantamiento del principio de igualdad supone una intervención en la propiedad privada: la existencia de una carga desigual y de una víctima especial es presupuesto de toda indemnización de derecho público⁵⁶⁸.

3.1.1.8.- Teoría de la utilidad privada (Privatnützigkeitstheorie)

Esta posición doctrinaria atiende a si la intervención pública elimina o limita esencialmente el principio de la utilización privada⁵⁶⁹: si aquella es tal que

⁵⁶⁵ VILLAR PALASÍ, J.L., *op. cit.*, pp. 16 y 17; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 87.

⁵⁶⁶ VILLAR PALASÍ, J.L., *op. cit.*, p. 18; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 88; KIMMINICH, O., *op. cit.*, p. 164.

⁵⁶⁷ NIETO, A., *op. cit.*, p. 80.

⁵⁶⁸ NIETO, A., *op. cit.*, pp. 80 y 81.

⁵⁶⁹ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 88.

impide la utilización real de la cosa por parte del propietario, constituye una expropiación⁵⁷⁰.

3.1.1.9.- Teoría de la alienación o pérdida de la finalidad (Zweckentfremdungstheorie)

Según esta corriente, la clave para determinar el efecto expropiatorio es si la propiedad puede seguir siendo utilizada según su finalidad propia⁵⁷¹.

3.1.1.10.- Teoría del carácter de la ley

Este postulado propugna que el propio sentido de la ley es el que puede darnos un criterio definitivo. Refiere que hay leyes que sin conexión con el ordenamiento facilitan una intervención en la propiedad: ellas constituyen casos de expropiación⁵⁷².

3.1.2.- La situación en España

En el sistema español el criterio distintivo de la expropiación forzosa es el de la “privación singular”, que implicaría dos ideas: la primera, una sustracción positiva de una integridad patrimonial y, la segunda, un ataque concreto y no general, ya que de ser así sería consubstancial a todos los derechos y sólo sería una limitación⁵⁷³, por lo tanto, no indemnizable.

Pero, a pesar de la literalidad de las disposiciones que la contemplan, la mayoría doctrinaria se ha manifestado en contra de la privación singular como criterio absoluto, proponiendo criterios distintivos alternativos o complementarios⁵⁷⁴, a saber:

⁵⁷⁰ NIETO, A., *op. cit.*, p. 84.

⁵⁷¹ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 88.

⁵⁷² NIETO, A., *op. cit.*, p. 84.

⁵⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, reedición, Civitas, Madrid, 1984, pp. 67 y 68.

⁵⁷⁴ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 96.

a) El de la existencia de un beneficiario de la intervención pública, ya que “donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, o de la suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica, no hay expropiación, sino actos de policía que no dan lugar a indemnización”⁵⁷⁵.

b) El de otorgar un repertorio de puntos de vista para establecerla, utilizando para ello los criterios materiales de expropiación (teoría del sacrificio, teoría de lo digno de ser protegido, teoría de la igualdad, teoría de la utilización privada y la teoría del carácter de la ley) unido a la función social de la propiedad, la reserva legal y la existencia de elementos especiales que excluyen la posibilidad de una indemnización⁵⁷⁶.

c) El de atender al respeto del contenido esencial del derecho afectado. Se sostiene que si la delimitación legal del contenido o la introducción de nuevos límites desconocieran tal contenido esencial, se generaría una privación del derecho que, aunque predicada de una norma general, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la correspondiente indemnización⁵⁷⁷.

La jurisprudencia española se ha decantado por el criterio material vinculado al respecto del contenido esencial de los derechos patrimoniales, aun cuando se trate de un ataque general⁵⁷⁸. Así, se ha resuelto que “para el Tribunal Constitucional la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo –y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas– viene marcada en cada caso por el elenco de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se

⁵⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva...*, cit., p. 70.

⁵⁷⁶ NIETO, A., *op. cit.*, pp. 75 a 90. En sentido similar, VILLAR PALASÍ, J.L., *op. cit.*, pp. 14-21, quien se manifiesta contrario al criterio de la *Einzelaktstheorie* y se muestra partidario de aplicar los criterios suministrados por la doctrina alemana, antes vistos.

⁵⁷⁷ BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 49.

⁵⁷⁸ BARNÉS, J., *op. cit.*, pp. 47 y ss.; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 99 y ss.

trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresada como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 10º)”⁵⁷⁹.

La sentencia antes reseñada trae como antecedente la STC 11/1981, de 08 de abril⁵⁸⁰ –analizada a propósito del ejercicio del derecho de huelga–, cuyo ponente, el profesor DíEZ-PICAZO, en un trabajo posterior, explicaba que el ensayo de puntualización sobre el contenido esencial se realizaba desde un punto de vista dogmático y desde otro de jurisprudencia de intereses: desde el punto de vista dogmático, acudía a la idea de reconocibilidad del derecho como perteneciente a un determinado tipo, es decir, es aquella parte del contenido –haz de poderes y facultades– que permite reconocer el derecho como perteneciente a este tipo dado; y, desde la jurisprudencia de intereses, preconizaba que era aquello que resultaba necesario para que queden protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir y de los que es instrumento⁵⁸¹. Y, así, desde ambas perspectivas, concluye que el contenido esencial del derecho de propiedad está constituido “por la conjunción de los clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius disponendi*”⁵⁸².

⁵⁷⁹ STC 37/1987, de 26 de marzo, en BOE N°89, suplemento, de 14 de abril de 1987, entre varias en el mismo sentido. Cfr., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en *RAP*, N°177 (2008) pp. 183 y 184 y la jurisprudencia por él citada.

⁵⁸⁰ RTC 1981/11.

⁵⁸¹ DíEZ-PICAZO, L., “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, p. 1262.

⁵⁸² DíEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1263. En el mismo sentido, BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 49.

De esta manera, atendida la definición del artículo 1.1 LEF y los criterios materiales expuestos por la doctrina, se ha calificado a la expropiación como privación singular y especial y como sacrificio generalizado del contenido esencial⁵⁸³, para efectos de distinguirla con la delimitación de derechos. Y, por lo mismo, cuando una ley delimita o limita el derecho de propiedad haciéndolo impracticable, se trataría de una ley inconstitucional por infringir el artículo 53.1 CE al afectar su contenido esencial⁵⁸⁴.

3.1.3.- Figuras intermedias entre la expropiación forzosa y la delimitación de derechos

Surgidas en la evolución del sistema alemán y como consecuencia de la expansión, por vía interpretativa, del instituto expropiatorio, encontramos las siguientes figuras: el ataque o intervención expropiatoria (*enteignender Eingriff*) y la delimitación de derechos necesitada de compensación (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*).

3.1.3.1.- En virtud del ataque o intervención expropiatoria (*enteignender Eingriff*), se indemnizan las consecuencias colaterales (*Nebenfolgen*) sobre derechos de carácter patrimonial, generalmente atípicas e imprevisibles, que se derivan de actuaciones de la Administración ajustadas a Derecho y que significan para el particular un sacrificio superior al que le es obligado soportar⁵⁸⁵. En la actualidad esta figura tiene un carácter residual y ha quedado prácticamente absorbida por la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, por lo que sólo cubre las consecuencias fortuitas o casuales de la actuación administrativa ajustada a Derecho⁵⁸⁶.

Los requisitos para que tenga lugar un ataque expropiatorio indemnizable son los siguientes: a) existencia de una lesión a la propiedad entendida en un

⁵⁸³ BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 51.

⁵⁸⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., "Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)" en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* (director TOMÁS QUINTANA LÓPEZ y coordinadora ANABELÉN CASARES MARCOS), segunda edición, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 82.

⁵⁸⁵ BAÑO LEÓN, J.M., *op. cit.*, pp. 214 y 215; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 80 y 81.

⁵⁸⁶ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 80 y 81.

sentido amplio, esto es, como sinónimo de posición jurídica de contenido patrimonial; b) que dicha lesión sea una consecuencia colateral atípica (imprevisible) e involuntaria de una actuación administrativa ajustada a Derecho; c) inmediatez de la lesión patrimonial; d) la lesión tiene que representar un sacrificio especial (*Sonderopfer*) para el afectado⁵⁸⁷.

3.1.3.2.- La delimitación de derechos necesitada de compensación (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*) constituye una excepción a la regla general de que la delimitación de derechos no trae aparejada indemnización alguna. En virtud de ella, cuando una regulación legal limite la propiedad de una forma general ajustada a la Constitución, pero, en algunos casos concretos, genere cargas especiales injustificables e inexigibles desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad e igualdad, la ley deberá prever una indemnización, so pena de ser inconstitucional⁵⁸⁸.

De esta manera, no resulta fácil determinar la línea divisoria que separa a la expropiación de la demarcación de derechos, a objeto de determinar la procedencia de una indemnización expropiatoria.

3.2.- Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración

Puesto que ya hemos tratado a la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos ocuparemos de trazar las diferencias existentes entre ambos institutos.

En la expropiación el daño se causa deliberadamente y para conseguir una utilidad pública o interés social, siendo un medio necesario para conseguir un fin público; mientras que la responsabilidad cubre los daños accesorios o incidentales de la actuación pública, no provocados voluntariamente para la

⁵⁸⁷ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 81.

⁵⁸⁸ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 114; BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 50; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., *op. cit.*, pp. 74 y 75. En materia ambiental, *cfr.* KAHL, W., "La conservación del medio ambiente y el derecho de propiedad en Alemania", en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 786.

satisfacción del interés general, ya que no son un medio necesario para el fin público, erigiéndose como una consecuencia indeseada de la actividad de la Administración⁵⁸⁹.

También, la responsabilidad se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁵⁹⁰, a diferencia de la expropiación, en la cual se concede a la Administración una prerrogativa amplia para la consecución del interés público: la potestad expropiatoria⁵⁹¹. Es decir, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino un mecanismo de reacción para procurar la reparación de los daños causados⁵⁹².

Asimismo, respecto de su régimen, se diferencian en lo siguiente: en la responsabilidad, como consecuencia de la lesión, surge un deber de reparación; en cambio, en la expropiación forzosa no hay deber de reparación *ex post*, sino una carga preventiva de indemnización que condiciona la posibilidad del despojo⁵⁹³.

Adicionalmente, se señala como rasgo distintivo la naturaleza jurídica de la indemnización procedente en cada caso⁵⁹⁴. De este extremo nos ocuparemos al tratar la indemnización expropiatoria.

Finalmente, cabe señalar que algunos han querido ver la diferencia entre ambos institutos en la licitud o ilicitud de la actividad administrativa productora

⁵⁸⁹ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 120 y 121; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., *op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁵⁹⁰ *Ídem*.

⁵⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva...*, cit., pp. 37 y 38. Incluso se ha puesto de manifiesto que "la expropiación forzosa más que una técnica defensiva de la propiedad contra la desposesión está directamente al servicio de la potestad expropiatoria que, como las restantes potestades administrativas, se ejerce, de hecho, a través de la técnica de la decisión ejecutoria, que permite a la Administración alcanzar directamente su objetivo de apoderamiento de los bienes necesarios y resolver después, también unilateralmente, las reclamaciones y las indemnizaciones que puedan corresponder al expropiado bajo el control judicial" (PARADA VÁZQUEZ, J.R., "El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, p. 1285).

⁵⁹² MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 120, nota 203.

⁵⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva...*, cit., p. 174; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 122; TARDÍO PATO, J.A., *Expropiación forzosa y acciones civiles*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 92 y 93.

⁵⁹⁴ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, pp. 81 y ss.

del daño⁵⁹⁵. No obstante, se ha refutado tal tesis, señalando que la responsabilidad extracontractual de la Administración puede surgir en ausencia de toda culpa o antijuridicidad, impidiendo, con ello, fundar la distinción entre ambos institutos en el criterio licitud o ilicitud de la actuación administrativa⁵⁹⁶.

4.- Garantías comunes a toda forma de expropiación. La indemnización expropiatoria

Bien sabido es que se distinguen tres formas de expropiación: a) la contemplada en el artículo 33.3 CE y artículo 1 LEF, también denominada expropiación “administrativa” o “clásica”, consistente en la privación singular de cualquier derecho o interés legítimo de contenido patrimonial realizado por la Administración Pública en virtud de lo dispuesto en las leyes; b) la expropiación singular y *ope legis* de ciertos derechos patrimoniales de una pluralidad determinada de personas; y, c) la más difícil de identificar, consistente en la privación esencial del dominio mediante ley (artículos 53.1 y 33.2 y 3 CC)⁵⁹⁷.

Se ha afirmado que todas estas modalidades de expropiación están sujetas a las garantías constitucionales del artículo 33.3 CE, a saber: a) la causa o fin de interés general o causa *expropiandi* (utilidad pública o interés social); b) la garantía indemnizatoria; y, c) la existencia de un procedimiento administrativo⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Tesis de GARRIDO FALLA, vista en el punto 3.1.1.1 de esta segunda parte. Un resumen de su tesis en esta parte puede consultarse en GARRIDO FALLA, F., *La constitucionalización...*, cit., pp. 10 y 11.

⁵⁹⁶ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 123.

⁵⁹⁷ BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 51.

⁵⁹⁸ BARNÉS, J., *op. cit.*, pp. 51 y ss.; PARDO FALCÓN, J., *op. cit.*, pp. 76 y ss.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *op. cit.*, pp. 187 y ss. Aunque respecto de la existencia de un procedimiento administrativo pareciera que algunos no la consideran contenida en la garantía constitucional del artículo 33.3.CE. Así, Díez-Picazo señala que “la garantía constitucional del artículo 33 es, entonces, la existencia de la causa de utilidad pública o de interés social y la indemnización” (DÍEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1269). PARADA VÁZQUEZ, a su turno, refiere que “... el artículo 33.3 de la actual (CE) se muestra indiferente ante el modelo procedimental de la expropiación, puesto que no la define como institución administrativa ni judicial, sino que simplemente consagra el principio de garantía patrimonial de la propiedad: (“Nadie – dice dicho precepto – podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”) indiferencia que, a la vista la evolución seguida por la institución, y unida a la exclusión de la propiedad de las garantías formales del amparo constitucional, es toda una toma de posición muy significativa frente a una eventual judicialización del instituto expropiatorio” (PARADA VÁZQUEZ, J.R., *op. cit.*, pp. 1284 y 1285).

Pues bien, dado el objeto del presente estudio, sólo nos detendremos en la segunda de ellas, es decir, la indemnización expropiatoria, a objeto de determinar su justificación, naturaleza jurídica, contenido y alcance.

4.1.- La indemnización expropiatoria

Constituyendo la expropiación forzosa una forma especial de privación de la propiedad privada por razones de utilidad pública o de interés social, es indudable que origina siempre una lesión al patrimonio del particular, la que no es justo que deba ser sufrida por el titular del bien jurídico afectado. Por ello se justifica la existencia de la indemnización expropiatoria.

Evidentemente la privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos genera un daño⁵⁹⁹ en el expropiado, desde que le produce una modificación perjudicial en su esfera patrimonial⁶⁰⁰; daño que es considerando relevante por el Derecho, al ser determinada por éste una consecuencia jurídica: su indemnización (artículos 33.3 CE y 1 LEF). En este caso y utilizando las palabras de CAVANILLAS MÚGICA, se autoriza el daño (la privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos), pero se le pone precio (la indemnización)⁶⁰¹.

4.1.2.- Origen de la indemnización expropiatoria

Tal como lo hemos expuesto al tratar el origen de la indemnización de derecho público⁶⁰², la necesidad de compensar a los particulares por causa de una expropiación no fue una idea que se consagrara desde un principio.

⁵⁹⁹ Sobre el particular, GARCÍA DE ENTERRÍA relata lo siguiente: “una vieja tradición doctrinal ha venido calificando a la indemnización como efecto del ejercicio de la potestad expropiatoria: la expropiación se concreta en la producción de un daño legítimo, daño del cual emerge un crédito de reparación que compondría la figura de la indemnización expropiatoria” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 112).

⁶⁰⁰ Tomando como referencia la definición de daño dada por PANTALEÓN PRIETO, F., *Voz Daño...*, cit., p. 1896.

⁶⁰¹ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

⁶⁰² En el punto II.1 de esta segunda parte.

Así, hacia los finales de la Edad Media y los albores de la Edad Moderna, existían dos líneas de pensamiento absolutamente contrapuestas: los que propiciaban que el Príncipe no estaba obligado a indemnizar al titular del dominio cuando arrebatara bienes a los súbditos, frente a aquella que, apoyada por el peso de los glosadores eclesiásticos, exigía, por el contrario, que el Príncipe diera completa indemnización según el criterio del precio total o del valor íntegro de las cosas de que se despojaba al súbdito⁶⁰³.

Se afirma que es a instancias de la doctrina de la Iglesia cuando se plantea el problema estricto de la indemnización debida, problema que si bien encuentra bases distintas para el Derecho privado y el público en el período antes indicado, se encuentran ligadas a una misma idea: la equivalencia de las prestaciones⁶⁰⁴.

En este orden de ideas, en un primer momento el *dominium eminens* del Príncipe se impuso respecto de los gremios que eran dueños de la propiedad, hasta que la resistencia ideológica del tercer Estado aumentó su fuerza, a través de una justificación de Derecho natural para la indemnización del justo precio⁶⁰⁵: por justicia se exige una recompensa proporcional a una aportación especial, la que se hace remontar hasta la “justicia distributiva” de ARISTÓTELES, a cuyo tenor uno de los atributos esenciales de lo justo consiste en dar a cada uno lo suyo⁶⁰⁶.

En este escenario, el reconocimiento de los derechos adquiridos de los particulares –*ius quaesitum*– se transformó en la causa de la correspondiente indemnización: cualquier intervención en los derechos adquiridos ajenos es, en principio, ilícita, y, de haber tenido lugar, da paso a la indemnización⁶⁰⁷.

⁶⁰³ VILLAR PALASÍ, J.L., “La traslación del “*justum pretium*” a la esfera de la expropiación forzosa”, en *RAP*, N°43 (1964), p. 165.

⁶⁰⁴ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., p. 166. Esta idea conlleva a abonar por la cosa expropiada lo que se hubiera pagado por ella, por vía de compraventa, de haber estado en el mercado libre.

⁶⁰⁵ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., p. 169.

⁶⁰⁶ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., p. 171.

⁶⁰⁷ FORSTHOFF, E., *op. cit.*, p. 428; NIETO, A., *op. cit.*, p. 70

Esta misma solución se impuso, incluso, cuando se sustituyó la doctrina del *ius eminens* por el Estado-policía, que autorizaba al Príncipe para intervenir en la vida jurídica y económica del país en virtud de una amplia *cura promovendi salutis*: los derechos adquiridos, a diferencia de los derechos naturales, no se aportan a la comunidad social, por lo que si el soberano decide intervenir en ellos, es obligado a indemnizar⁶⁰⁸.

Y así hasta el surgimiento del Estado de Derecho, en donde ya no se discute la procedencia de la indemnización sino los casos que constituyen una expropiación, precisamente para determinar la procedencia de aquella, según hemos visto.

4.1.3.- Justificación del poder público para imponer una expropiación

La justificación del fundamento por el que el poder público puede imponer una expropiación se explica desde una doble perspectiva: desde un punto de vista general, la potestad expropiatoria es un poder concreto que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado, es decir, entra dentro de la justificación del poder del Estado en abstracto; desde un punto de vista jurídico, la potestad expropiatoria se justifica *in concreto* por la atribución de la ley, así como, más en particular, por el efecto operativo de las *causae expropriandi* que la ley tipifique⁶⁰⁹.

Se ha agregado que no se trata de supeditar el interés privado al interés público, sino que lo que se procura es ponerlos en concordancia y elevarlos a un mismo nivel, no menospreciando el interés particular que, al fin, lleva siempre implícito un interés social⁶¹⁰. Así se desprende del preámbulo de la ley: “las dificultades en este orden proceden de que, por otra parte, la Ley de Expropiación ha de concebirse en forma que proporcione al particular

⁶⁰⁸ Como consecuencia de la “doctrina del contrato social” y contraponiendo a los derechos naturales de los derechos adquiridos, ya que sólo los primeros se aportan por los ciudadanos a la comunidad social (cfr., NIETO, A., *op. cit.*, pp. 71 y 72). También, GARRIDO FALLA, F., *La constitucionalización...*, cit., p. 9.

⁶⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 46.

⁶¹⁰ RUIZ SERRAMALERA, R., “Concepto y fundamento de la expropiación forzosa por causa de interés social”, en *RCDI*, N°356-357 (1958), p. 83.

interesado un adecuado sistema de garantías, lo que exige medios procesales proporcionados. Una solución simplista, que sacrifique este último aspecto, viene a ignorar el hecho de que no luchan el interés público, que impulsa a consumir la expropiación, y el interés privado, que tiende a demorarla. Planteada de esta forma la oposición de intereses, no se ofrecería duda acerca del criterio llamado a prevalecer. Mas, en realidad, el legislador ha de arbitrar aquí entre las exigencias de ritmo de la ejecución de la obra o servicio y las de no menor interés público, ni inferior rango, de conseguir la justa indemnización que por principio se reconoce a particular afectado”⁶¹¹.

4.1.4.- Naturaleza jurídica de la indemnización expropiatoria

Sobre este punto son variadas las respuestas doctrinarias y jurisprudenciales. Así, se le ha calificado de contraprestación, precio, equivalente, manifestación de subrogación real, indemnización por enriquecimiento del beneficiario y empobrecimiento del expropiado, condición de validez de la expropiación, carga de contenido pecuniario y, también, resarcimiento por el daño producido legítimamente⁶¹².

Por lo anterior, pasaremos revistas a las principales tesis que se pronuncian por el particular.

4.1.4.1.- Indemnización expropiatoria como resarcimiento del perjuicio causado por la expropiación

Se señala que una vieja tradición doctrinal ha venido calificando a la indemnización como efecto del ejercicio de la potestad expropiatoria: la expropiación se concreta en la producción de un daño legítimo, daño del cual emerge un crédito de reparación que compondría la figura de la indemnización expropiatoria⁶¹³. Considerar a la indemnización como reparación o resarcimiento del perjuicio causado por la expropiación, vendría a aproximarla

⁶¹¹ Parte II, Procedimiento.

⁶¹² Cfr., TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 81.

⁶¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 112.

(aunque no identificarla) a la indemnización propia de la responsabilidad patrimonial de las Administración⁶¹⁴ y, por lo mismo, a la responsabilidad civil.

Tal tesis, llevada a un punto extremo, llegó a considerar que el *quid* de la expropiación consistiría en autorizar legítimamente la producción del daño (*damnum quod iure fit*) y ahí se acabaría su efectividad: la reparación del daño una vez producido sería una consecuencia del Derecho común y regulada conforme a éste⁶¹⁵.

Existe prácticamente unanimidad en sostener que la indemnización expropiatoria es ajena a la responsabilidad civil⁶¹⁶. Sobre el particular la jurisprudencia ha señalado que "... la indemnización expropiatoria no es, en esencia, una reparación de los diversos daños sufridos por el expropiado, sino la sustitución de un bien jurídico equivalente al sustraído por la expropiación..."⁶¹⁷. Incluso en el evento de expropiación por vías de hecho, se ha afirmado que su procedencia no deriva de la producción de un daño que tiene que ser reparado, sino de la obligación del cumplimiento de un deber constitucional y legal expreso que se ha incumplido y no del genérico *naeminem laedere*⁶¹⁸. Y bien sabemos que el equivalente pecuniario o *aestimatio rei* es algo independiente del resarcimiento de daños⁶¹⁹.

Asimismo, se refuta esta tesis indicando que el deber de pagar la indemnización debe ser concebida como una carga a cumplir por la Administración que pretende llevar a efecto la expropiación⁶²⁰, es decir, existe *ex ante* de que se produzca la privación de la situación jurídico-patrimonial en

⁶¹⁴ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 82.

⁶¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 112 y 113.

⁶¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 112 y ss.; BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 55 TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, pp.82 y ss.; DíEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., pp. 1269 y 1270, al considerar a la indemnización expropiatoria como "equivalente" o "contraprestación del valor transferido". En Alemania, KIMMINICH, O., *op. cit.*, p. 169.

⁶¹⁷ STS de 28 de abril de 1990 (La Ley 2144-JF/0000).

⁶¹⁸ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 83.

⁶¹⁹ Como bien lo expuso LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1998.

⁶²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 114.

que la expropiación consiste, mientras que en la responsabilidad patrimonial el deber de indemnizar surge siempre *ex post*⁶²¹.

4.1.4.2.- Indemnización como contraprestación, equivalente o precio

Esta posición está vinculada a la concepción de la expropiación forzosa entendida en un primer momento como venta forzada, para luego, de forma más amplia y elaborada, ser considerada como “transferencia coactiva”⁶²².

Se afirma que esta idea de calificar a la expropiación como venta forzosa y a su indemnización como contraprestación equivalente a dicha venta, tiene antecedentes muy remotos, que llegan, incluso, hasta ARISTÓTELES: “la comunidad debe exigir de sus miembros lo necesario, pero según el criterio de una compra”; y, “debe siempre conservarse el equilibrio entre lo que se da y lo que se recibe por la comunidad”⁶²³.

Esta concepción es recogida en Francia por el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que exige como condición de la expropiación una “indemnización justa”, principio que luego es aceptado en todas las legislaciones administrativas europeas⁶²⁴. Y luego, sintonizando con el principio de la igualdad de las cargas públicas proclamado en el artículo 13 de la mencionada Declaración de Derechos y la concepción del Derecho civil del S. XIX –que considera a la expropiación como una relación bilateral de compra, aplicando las nociones de equivalencia económica y del sinalagma en las prestaciones– se impone a la Administración la obligación de abonar el justo precio y de dar el equivalente exacto según criterios de cambio⁶²⁵.

Esta tesis ha tenido importante apoyo en la doctrina⁶²⁶, especialmente civilista⁶²⁷. Asimismo, todavía existen sentencias que siguen calificando a la

⁶²¹ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 82.

⁶²² TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 84. Un panorama general puede consultarse en el trabajo de VILLAR PALASÍ, J.L., “Justo precio y transferencias coactivas”, ya citado.

⁶²³ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., p. 175, nota 11.

⁶²⁴ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., pp. 176 y 177; TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 84.

⁶²⁵ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., pp. 175, 177 y 189; TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 84.

⁶²⁶ DíEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., pp. 1269 y 1270.

expropiación como venta forzosa⁶²⁸. También encontramos varias sentencias que utilizan el concepto de transferencia coactiva para referirse a la expropiación forzosa y su indemnización⁶²⁹.

Se critica esta tesis señalando que la transferencia coactiva no constituye una nota definitoria de la expropiación forzosa, en atención a que existen expropiaciones que no conllevan transferencias coactivas (por ejemplo, la mera cesación del ejercicio de un derecho)⁶³⁰ y porque no se puede identificar necesariamente a las transferencias coactivas con la expropiación⁶³¹.

De otro lado, se señala que la indemnización actuada por justiprecio no es exactamente una contraprestación en el sentido que esta expresión adquiere en el Derecho privado, sino más bien un medio de reparación de la justicia distributiva⁶³².

4.1.4.3.- Indemnización como enriquecimiento en el beneficiario y un empobrecimiento en el expropiado

La tipificación de un beneficiario en toda expropiación –se declara– es un criterio diferencial de esta institución. La idea de beneficio es esencial. La privación de utilidades positivas para el expropiado debe traducirse, paralelamente, en un beneficio para alguien, sea mediante la atribución directa e inmediata de aquellas (enriquecimiento, *lucrum emergens*), sea mediante la cesación de una situación dañosa (*damnum cessans*, enriquecimiento negativo). En este orden de ideas, se concluye que donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de uno o más beneficiarios, no hay expropiación sino actos de policía que no dan lugar a indemnización⁶³³.

⁶²⁷ Como lo afirma TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 85.

⁶²⁸ V. gr., STS de 06 de octubre de 1992 (RJ 1992/7708).

⁶²⁹ V. gr., STS de 13 de febrero de 2001 (La Ley 8531/2001); STS de 08 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8758); STS de 30 de mayo de 1995 (RJ 1995/4046).

⁶³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *op. cit.*, pp. 241-243.

⁶³¹ Como lo evidencia VILLAR PALASÍ, J.L., *Justo precio...*, cit., pp. 24 y 25.

⁶³² MONTÉS, V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, p. 110.

⁶³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 70. Argumenta que la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa para fundamentar el deber de indemnizar por parte de la

Se critica esta tesis, ya que no se aplicaría estrictamente la doctrina del enriquecimiento sin causa en los casos en que se producen empobrecimientos en el expropiado que no causan enriquecimientos en el expropiante o beneficiario (derribo de construcciones del expropiado o extracción de árboles)⁶³⁴. Pero bien podría replicarse que la exigencia de un desplazamiento patrimonial o relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento no es cardinal para estos efectos, desde que se ha afirmado que la existencia de un empobrecimiento no constituye un requisito esencial de la pretensión en comento⁶³⁵.

Asimismo, se refuta la posición en estudio mencionándose que el principio de enriquecimiento sin causa no es exclusivamente característico de la indemnización expropiatoria, sino que también está presente en otras figuras no expropiatorias, como la accesión⁶³⁶.

4.1.4.4.- La indemnización como presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria

Bajo este rótulo se quiere significar que la indemnización no es un efecto derivado o una obligación de reparación de la Administración⁶³⁷, sino que es una condición de validez de la expropiación⁶³⁸. La indemnización se concibe como una carga (presupuesto legal o *conditio iuris*) a cumplir por la Administración, por cuanto ésta se encuentra en la necesidad de adoptar un

Administración los daños legítimos causados por ella, estaba ya en el pensamiento de HAURIOU.

⁶³⁴ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 92.

⁶³⁵ BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998, p. 334.

⁶³⁶ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 92.

⁶³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 69 y 70.

⁶³⁸ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 92. Así, CAPACCIOLI, en el sistema italiano, afirmaba lo siguiente: "... *che l'indennità stessa è condizione di legittimità dell'espropriazione. È la prestazione dell'indennità che costituisce nel caso il prius rispetto all'atto legittimo e non viceversa*" (CAPACCIOLI, E., "Sulla natura dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità", en *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1953, p. 381). Y con mayor razón en Francia, en que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano exige que la indemnización sea previa, exigencia, en todo caso, que se ha entendido, por regla general, cumplida con el pago o consignación de la misma, salvo las hipótesis de expropiación urgente o nacionalizaciones (BON, P., "El estatuto constitucional del derecho de propiedad", en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, pp. 185 y 186).

cierto comportamiento para obtener un resultado ventajoso, sin que el sujeto a quien afecta pueda ser constreñido a su realización ni la falta de ésta implique una sanción, sino simplemente la imposibilidad de obtener el resultado ventajoso⁶³⁹.

Este postulado, enarbolado por GARCÍA DE ENTERRÍA, destaca que el pago del justiprecio de la expropiación es el título de la transferencia de la propiedad y, por lo mismo, es presupuesto esencial y de validez del fenómeno expropiatorio (y no simple condición de eficacia)⁶⁴⁰. Se sostiene que la ausencia de la indemnización expropiatoria llevaría aparejada la nulidad de pleno derecho de la expropiación e incurriría en una vía de hecho, conforme los artículos 125 LEF y 340 CC⁶⁴¹.

4.1.4.5.- Nuestra opinión

Salvo la tesis que considera a la indemnización expropiatoria como un resarcimiento de un daño, a nuestro juicio, las demás concepciones doctrinales estudiadas pueden articularse en un concepto más comprensivo: el del daño lícito. Esta categoría de daños –cuya descripción más detallada realizaremos en el capítulo siguiente–, en su vertiente reparatoria, supone el sacrificio de un derecho a cambio de una compensación económica, a fin de restablecer el equilibrio roto por tal privación.

En este entendido, cuando se dice que la indemnización expropiatoria es una contraprestación o una contrapartida frente al enriquecimiento del titular del derecho que prevalece en esta relación expropiatoria, se está señalando gráficamente que el sacrificio ordenado por las normas constitucionales y legales no es “gratis”, sino que a cambio de una compensación, sin la cual no puede entenderse consumada esta relación jurídica.

⁶³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 114 y 115. Apoyando la tesis, TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, pp. 92 y 93.

⁶⁴⁰ *Ídem.*

⁶⁴¹ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 93.

Otro tanto ocurre cuando se considera a la indemnización como presupuesto esencial y de validez del fenómeno expropiatorio, ya que esta fórmula evidencia que el pago de la compensación respectiva es un rasgo distintivo de la expropiación forzosa, sin la cual no podemos configurar tal institución. La legitimación del sacrificio se alcanza mediante la existencia de una contraprestación: la indemnización expropiatoria, que es una garantía constitucional de todos los particulares.

De ahí que, y sin perjuicio de lo que sostendremos más adelante, podemos señalar que efectivamente la indemnización expropiatoria es una contraprestación por el sacrificio impuesto al particular con ocasión de la expropiación, justiprecio que es una garantía patrimonial de todos los ciudadanos frente a las intromisiones legítimas de la Administración.

4.1.5.- Contenido de la indemnización expropiatoria

Se ha dicho que al amparo de la CE es cuestionable la interpretación que se puede dar del concepto de indemnización⁶⁴², ya que no hace referencia a los rubros que deben considerarse en su cuantificación⁶⁴³. Las dificultades se acrecientan dado que la norma constitucional exige una “indemnización”, en cambio la LEF hace referencia a “justiprecio”. Y, además, el justiprecio no ha tenido un contenido uniforme durante su evolución histórica⁶⁴⁴.

Por lo tanto, determinar su contenido no es una tarea fácil, máxime si se le ha considerado un concepto jurídico indeterminado: “... la fijación de tal valor corresponde a uno de los conceptos que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados, o normas en blanco, por lo que el legislador autoriza

⁶⁴² DíEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1269.

⁶⁴³ Al igual que el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de Francia y el artículo 42 de la Constitución italiana (*cfr.*, CARTEI, G.F., “La propiedad en la Constitución italiana”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 207) y a diferencia del artículo 14 de la Ley Fundamental de Alemania, que señala que “la indemnización se determinará ponderando equitativamente los intereses de la colectividad y los afectados. En caso de discrepancia sobre la cuantía de la indemnización, estará abierta la vía de los tribunales ordinarios” (*cfr.*, KIMMINICH, O., *op. cit.*, p. 151).

⁶⁴⁴ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., pp. 161 y ss.

o delega en la Administración para su adjetivación en cada caso, distintos al acto discrecional, por ser manifiesto que así como lo que caracteriza a la actividad discrecional es el poder de la Administración de elegir, sin control, una entre varias soluciones permitidas por la Ley, igualmente válidas, en cambio, en la fijación de un concepto jurídico indeterminado, como es la fijación del justiprecio... ”⁶⁴⁵.

Se ha acudido a la idea de equivalente⁶⁴⁶, con el fin de manifestar que se tratar de fijar un valor económico que funciona como contraprestación del valor transferido⁶⁴⁷. La indemnización debe representar una adecuada equivalencia con los bienes expropiados, porque la expropiación origina una especie de conversión dineraria en el patrimonio del expropiado⁶⁴⁸.

Ahora bien, existe discrepancia sobre si este equivalente debe coincidir o no con los valores de mercado. GARCÍA DE ENTERRÍA señala que “justo precio en el sentido de la ley es simplemente valor venal, valor en el mercado, *hic et nunc*, del sacrificio en que la expropiación consiste”⁶⁴⁹. Por su parte, DíEZ-PICAZO sostiene que “la idea de justiprecio, esto es, de un precio justo, no lleva necesariamente a los valores que puedan regir en el mercado en un determinado momento”⁶⁵⁰.

Abona la indeterminación del contenido de la indemnización expropiatoria, la circunstancia de que también se ha considerado en su cuantificación los daños y perjuicios que se padecen como consecuencia de la privación. Así, se ha resuelto que “el justiprecio comprende no sólo la estimación del objeto

⁶⁴⁵ STS de 27 de junio de 1979 (RJ 1979/2753). En el mismo sentido, FUERTES LÓPEZ, M., “Artículo 36. La indemnización expropiatoria o justo precio”, en *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa* (Director-Coordenador Francisco Sosa Wagner), segunda edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 199; NAVARRO PÉREZ, J.L., *Expropiación forzosa*, segunda edición, Editorial Ibarra de Arce, Córdoba, 2000, p. 115.

⁶⁴⁶ Así, STC 111/1983, de 02 de diciembre, disponible en <http://tc.vlex.es/vid/86-c-4-5-an-i-6-7-8-128-as-15034712> (visita 25 marzo 2015).

⁶⁴⁷ DíEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1269; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Aspectos constitucionales de la propiedad privada y de la expropiación forzosa”, en *Estudios de Deusto*, Enero-Junio 2003, p. 301.

⁶⁴⁸ En este sentido, STS de 29 de abril de 1990 (RJ 1990/3359). En el mismo sentido, FUERTES LÓPEZ, M., *op. cit.*, p. 200.

⁶⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 121.

⁶⁵⁰ DíEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1270.

expropiado sino todas las consecuencias dañosas que la expropiación ocasione, siendo manifiesta la necesidad de indemnizar todo perjuicio sufrido por los particulares en sus derechos⁶⁵¹. En todo caso, se exige que el perjuicio surja con la expropiación y no se trate de un hecho anterior al ejercicio de la potestad expropiatoria⁶⁵²; que sea una consecuencia directa de la misma⁶⁵³; y que se apoye en una cumplida y acabada prueba⁶⁵⁴.

Finalmente, la indemnización expropiatoria no se extiende al valor subjetivo o de afección que pudiera tener para el titular el bien expropiado, ya que se trata de un valor objetivo⁶⁵⁵. Lo anterior, sin perjuicio del premio de afección que contempla el artículo 147 LEF.

⁶⁵¹ STS de 06 de abril de 1994 (RJ 1994/4171). En términos similares, STS de 12 de mayo de 1996 (RJ 1996/4359).

⁶⁵² STS de 30 de marzo de 1990 (RJ 1990/2273), que rechazó la petición de incluir una partida de industria cinematográfica, teatro y variedades, ya que tal actividad había cesado antes de iniciarse la expropiación.

⁶⁵³ STS de 30 de mayo de 1995 (RJ 1995/4045), que declaró que “la pérdida de validez, o inejecutabilidad del proyecto de edificación, no es consecuencia de la expropiación sino de actos anteriores ajenos a ella y, en consecuencia, no puede ser un concepto indemnizable como consecuencia de la citada expropiación, ya que aunque ésta no se hubiera producido aquél resultaría igualmente inejecutable”.

⁶⁵⁴ STS de 22 de junio de 1987 (RJ 1987/4262), que denegó la indemnización por las plantaciones del vivero de la parte expropiada porque no se sabía si tales plantas se han perdido por imposibilidad de su comercialización y venta o por causa de la ocupación del terreno o por otros motivos atribuibles a una u otra parte.

⁶⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 121; FUERTES LÓPEZ, M., *op. cit.*, pp. 200 y 201.

CAPÍTULO II

DE LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES EN EL DERECHO PRIVADO Y, EN PARTICULAR, EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL

PRIMERA PARTE. DE LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES EN EL DERECHO PRIVADO

I.- INTRODUCCIÓN

DE CUPIS sostiene que el *danno ingiusto* es el que absorbe comúnmente la atención del jurista, a tal punto de llegar a considerarse de que no existe otra especie de daño del cual pueda hablarse en sentido jurídico. Pero ello no es así, puesto que la ley también regula ciertos daños no antijurídicos que, excepcionalmente, pueden adquirir relevancia jurídica⁶⁵⁶.

Estos son los denominados “actos lícitos dañosos” o “daños no antijurídicos”, terminología en la que los autores no están de acuerdo. Debemos decir que en la doctrina italiana, donde se ha discutido con mayor profundidad el tema que nos ocupa, se ha impuesto la denominación de “*atti leciti dannosi*”, como lo demuestran las recientes obras que se refieren a estos daños⁶⁵⁷. Quizás lo es por la influencia de los trabajos de TUCCI⁶⁵⁸ y TORREGROSSA⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 19 y 29. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166. Se afirma que “el daño antijurídico no es más que una especie del género daño en sentido jurídico...nos encontramos con un daño jurídico siempre que los efectos del hecho dañoso recaen en una esfera jurídica diversa de la del autor del daño (BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, pp. 158 y 159)”.

⁶⁵⁷ Cfr., BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *op. cit.*, p. 710; MOROZZO DELLA ROCCA, P., “Gli atti leciti dannosi”, en *La responsabilità civile*, tomo VIII, Utet, Torino, 1998, pp. 413 y ss.; GIACOBBE, G., “Gli atti leciti dannosi nella teoria della responsabilità civile”, en *Tratato di diritto privato* (director MARIO BESSONE), vol. X, Illecito e responsabilità civile, tomo I, Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 100 y ss.; FRANZONI, M., “L’atto lecito dannoso”, en *Le Obligazioni* (a cargo de Massimo Franzoni), tomo III, Fatti e atti fonti di obbligazione), Utet, Torino, 2005, pp.619 y ss.; TOMMASI, R., “Gli atti leciti dannosi”, en *Il danno alla persona* (directores PAOLO CENDON Y AUGUSTO BALDASSARI), tomo I, Zanichelli Editore, Torino, 2006, pp. 575 y ss.; MAZZOLA, M.A., *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007; BUONAURO, C., *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

⁶⁵⁸ TUCCI, G., *op. cit.*, pp. 229 y ss.

En España, donde el tema no ha sido tratado monográficamente y se le ha dado sólo importancia tangencial, a este fenómeno se le ha nombrado como “daños lícitos”⁶⁶⁰, “daños no antijurídicos”⁶⁶¹, “hechos lícitos dañosos”⁶⁶², “daños justos”⁶⁶³, “responsabilidad por acto lícito”, “responsabilidad por ataques o transgresiones permitidos” o “responsabilidad o pretensión por el sacrificio”⁶⁶⁴. Pero, cualquiera sea la denominación que utilicemos, lo cierto es que se refieren a aquella situación en que la ley autoriza un determinado comportamiento previendo que, en la hipótesis de que ello se derive un daño, el autor de él debe indemnizarlo⁶⁶⁵.

De acuerdo a lo expuesto, se nos presentan estas obligaciones indemnizatorias como supuestos expresamente contemplados en la ley⁶⁶⁶ y que sólo pueden traer aparejadas las consecuencias patrimoniales señaladas en la misma norma⁶⁶⁷. Asimismo, se advierte que el daño no está proyectado como un elemento de las hipótesis legales en comento, que se limitan, sustancialmente, a autorizar una actividad o comportamiento en el entendido de que no se origine ningún perjuicio. Tanto así que si se llegare a verificar alguno, lo que hace la norma es imponer la correspondiente indemnización⁶⁶⁸. No obstante esa precisión, lo que hace el ordenamiento jurídico es admitir la producción de tales daños: “se autoriza el daño, pero se le pone precio”⁶⁶⁹.

⁶⁵⁹ TORREGROSSA, G., *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè Editore, Milano, 1964.

⁶⁶⁰ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

⁶⁶¹ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 165, siguiendo la denominación formulada por DE CUPIS.

⁶⁶² BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166. Así también se denomina en la traducción española efectuada por GARCÍA AMIGO a la obra de BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, pp. 158 y ss.

⁶⁶³ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166.

⁶⁶⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., “Artículo 612” en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo VIII, volumen 1º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987, p. 328.

⁶⁶⁵ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102.

⁶⁶⁶ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166.

⁶⁶⁷ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 103.

⁶⁶⁸ GIACOBBE, G., *op. cit.*, pp.102 y 103.

⁶⁶⁹ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166.

Se menciona también que, en estos supuestos, no se toma en consideración la conducta del agente para efectos de imponer el resarcimiento⁶⁷⁰: ante el conflicto entre dos derechos, el ordenamiento jurídico considera a ciertos intereses dignos de prevalecer sobre otros, concediendo al titular del más débil un derecho sustitutivo de indemnización⁶⁷¹. Se trata de mantener el equilibrio entre dos intereses⁶⁷², lo que se traduce en que se autoriza el ejercicio del derecho que la legislación considera meritorio de mayor tutela y, como contrapartida, se concede una compensación económica al titular del interés afectado por dicha autorización. En otras palabras, no existe una conducta subjetiva ni objetivamente imputable y, no obstante, está expresamente prevista una obligación reparatoria⁶⁷³.

Ahora bien, debemos advertir que, en sentido técnico, la ley no reconoce prevalencia de un interés sacrificando al contrario⁶⁷⁴, “sino que más bien pretende equilibrar la existencia de uno con la del otro”⁶⁷⁵, puesto que ambos intereses son dignos de tutela para el ordenamiento.

Se afirma, asimismo, que, frente a la facultad reconocida al agente, no existe una pretensión de contenido opuesto de parte del dañado, sino sólo un interés de éste que el ordenamiento jurídico tutela con el resarcimiento por diversas razones de política legislativa⁶⁷⁶.

Finalmente, BRIGUGLIO señala que la nota común de esta clase de actos es la ausencia de la violación de un deber y la presencia de un daño. Sostiene que la

⁶⁷⁰ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 247; GIACOBBE, G., *op. cit.*, pp. 101 y 102. A estos efectos, es demostrativa la forma como denominaba a esta clase de actos ENNECCERUS: “actos sin culpa que obligan a indemnización”: (*Derecho Civil (parte general)*, primer tomo, II, traducción de la trigésimo novena edición alemana de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Bosch, Barcelona, 1935, p. 438).

⁶⁷¹ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166; GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102.

⁶⁷² GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102. El problema del conflicto de intereses lo grafica TORREGROSSA: “*Tutto il problema, quindi, che in quest’ultima sede sorge è quello di vedere, nel constatato conflitto effettuale tra due interessi contrapposti, a quale di essi la norma giuridica accordi la prevalenza sull’altro, ed i limiti di tale prevalenza, posto che, per principio, la norma non può da un lato promettere la tutela ad un determinato interesse e dell’altro negarla accordando una tutela uguale ad altro interesse contrapposto* (TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 75)”.

⁶⁷³ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 101.

⁶⁷⁴ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 20.

⁶⁷⁵ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 161.

⁶⁷⁶ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263.

compensación económica impuesta al autor del daño no puede relacionarse con la violación de un deber de comportamiento, ya que las normas permisivas de los textos legales autorizan el comportamiento dañoso y excluyen la correspondiente antijuridicidad⁶⁷⁷. En este orden de ideas, la obligación indemnizatoria nace por la sola circunstancia de existir tal autorización que, por un lado, excluye la tutela implícita en el *neminem laedere* y, de otro, por razones de equidad, se convierte en el instrumento adecuado para reparar el equilibrio turbado⁶⁷⁸.

II.- EL DAÑO ANTIJURÍDICO Y EL DAÑO NO ANTIJURÍDICO

1.- Palabras previas

Siguiendo la clasificación propuesta por DE CUPIS⁶⁷⁹, existen dos grandes categorías de daño: el daño antijurídico y el daño no antijurídico. La clave de esta distinción se centra en la nota de antijuridicidad, la cual, además, permite determinar si tiene o no aplicación el estatuto de la responsabilidad extracontractual⁶⁸⁰. Lo cual, también –y por exclusión–, permite afirmar que todo lo que no constituya un daño antijurídico configura un daño no antijurídico.

Ahora bien, determinar el alcance y función de la mencionada nota de antijuridicidad es una materia no pacífica en la doctrina, ya que existen discusiones sobre si la antijuridicidad es o no un requisito autónomo de la responsabilidad civil extracontractual; sobre si debe predicarse del daño o de la conducta del agente; así como también se cuestiona si el juicio de antijuridicidad es anterior o posterior al juicio de culpabilidad⁶⁸¹. Y todo lo

⁶⁷⁷ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 174.

⁶⁷⁸ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 175. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 383.

⁶⁷⁹ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 84 y ss.

⁶⁸⁰ Lo que constituye la denominada “función demarcatoria” del Derecho de daños. *Vid.*, DíEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 43; SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *op. cit.*, pp. 103 y ss.

⁶⁸¹ La discusión, con argumentos a favor de una y otra tesis, puede revisarse, entre otros, en BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 175 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., pp. 1993 – 1995; PEÑA LÓPEZ, F., *op. cit.*, pp. 259 y ss.; SANTOS BRIZ, J., *Derecho...*, cit., pp. 24 y ss.; VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, pp. 839 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., pp. 110 y ss.; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 90.

anterior sazonado con que el CC español no contiene referencia alguna a la antijuridicidad como presupuesto de aquél estatuto de responsabilidad.

2.- El daño antijurídico y la consideración de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil extracontractual

La tesis que postula a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual, tuvo un notorio impulso con la tesis doctoral de BUSTO LAGO⁶⁸² y reavivó el debate doctrinal sobre el tema.

Que la antijuridicidad se considerara como presupuesto de la responsabilidad aquiliana ya era puesto de manifiesto por DE DIEGO, quien afirmaba que “el hecho, por consiguiente, además de dañoso, ha de ser ilícito, contrario a derecho; ha de contener la violación de una obligación legal”⁶⁸³.

No obstante no contenerse expresamente referencia alguna en el artículo 1902 CC al elemento antijuridicidad, se han dado numerosos argumentos para reconocerla como requisito de la responsabilidad extracontractual.

Se señala que si se analiza el artículo 1902 en relación con los artículos 1089 y 1887 –que conforman su contexto normativo en lo concerniente a la antijuridicidad–, se deduce que las acciones y omisiones a que se refiere el artículo 1902 quedan enmarcadas dentro de los actos u omisiones ilícitos, calificados incluso como tales por el artículo 1089 CC⁶⁸⁴. Se sostiene que la conjunción “o” del artículo 1089 no es disyuntiva, sino que tiene un valor aclarativo o explicativo, de manera que los actos y omisiones en que interviene cualquier género de culpa o negligencia a que se refieren los artículos 1902 y siguientes del CC son, asimismo, actos y omisiones ilícitos⁶⁸⁵.

⁶⁸² BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, varias veces citado.

⁶⁸³ DE DIEGO, F.C., *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, Derecho de obligaciones, Preciados, Madrid, 1926, p. 318.

⁶⁸⁴ PENA LÓPEZ, J.M., *op. cit.*, pp. 17 y 18; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 184 – 187; PEÑA LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 259, nota 1.

⁶⁸⁵ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 184.

Se agrega que los antecedentes históricos tanto del *Code* de Napoleón como del CC de 1889 llevarían a la misma conclusión. Del estudio de tales antecedentes aparecería que, desde el Derecho Romano, en especial desde la *Lex Aquilia*, se exigía como elemento de la responsabilidad extracontractual a la *iniuria* objetiva, o sea, a la contradicción del acto con el Derecho⁶⁸⁶. Se afirma que el daño que contemplaba la mencionada ley era “aquél que lesionando una situación jurídica ajena –*damnum contra ius*– no se encontraba justificado, bien por ser consecuencia del ejercicio de un derecho, bien por concurrir una causa de justificación de la conducta dañosa –*damnum non iure*–”⁶⁸⁷.

Haciéndose cargo del hecho de que el *Code* no contemplara expresamente el requisito de la antijuridicidad, se señala que numerosos autores franceses entienden que la expresión *faute* (traducida como culpa en el artículo 1902 CC) comprende tanto la *iniuria* como a la culpa⁶⁸⁸.

En este mismo orden de ideas, se señala que “la licitud y la ilicitud constituyen las dos constantes sobre las que pivota, a través de toda la historia, la sistematización de las fuentes de las obligaciones”⁶⁸⁹: lícitos, contratos y cuasicontratos, e ilícitos, delitos y cuasidelitos⁶⁹⁰. Es la doctrina del Derecho Natural la que incorpora a la ley como fuente de las obligaciones, siendo esta nueva clasificación pentapartita la que siguió POTHIER y que recogió posteriormente el *Code* francés y el Código Civil italiano⁶⁹¹. Es del caso que el Código Civil español de 1889 refunde, en su artículo 1089, a los delitos y

⁶⁸⁶ PENA LÓPEZ, J.M., *op. cit.*, pp. 19 y 20; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, pp. 180, 181 y 182; PEÑA LÓPEZ, F., *op. cit.*, pp. 259 y 260, nota 1. DE DIEGO indica que “la ley Aquilia ya nos hablaba del *damnum iniuria datum*, daño realizado sin derecho o contra el derecho...el hecho, por consiguiente, además de dañoso, ha de ser ilícito, contrario al derecho...” (DE DIEGO, F.C., *op. cit.*, p. 318).

⁶⁸⁷ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 59.

⁶⁸⁸ PENA LÓPEZ, J.M., *op. cit.*, pp. 18 y 19; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 184 y 185; PEÑA LÓPEZ, F., *op. cit.*, pág. 259 y 260, nota 1. En el mismo sentido, LÓPEZ CABANA, R., “Ilícitud”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 153.

⁶⁸⁹ PENA LÓPEZ, J.M., *op. cit.*, p. 18. Este autor señala que ya en el Derecho Justiniano se sistematizaron las *variae causarum figurae* de GAYO a dos unidades: el cuasicontrato se asimila al contrato por su licitud y el cuasidelito al delito por su ilicitud. Esta cuatripartición domina todo el *Ius Commune*.

⁶⁹⁰ *Ídem*.

⁶⁹¹ *Ídem*.

cuasidelitos en una sola categoría unitaria – “actos u omisiones ilícitos”–, puesto que los actos dolosos o culposos originan una misma consecuencia jurídica: la obligación de reparar el daño causado⁶⁹².

Por otro lado, desde un punto de vista lógico, el requisito de la antijuridicidad se presentaría como una condición indispensable para poder imputar el daño a un sujeto distinto de la víctima⁶⁹³. “Para que el Derecho reaccione, por definición, es necesario que el hecho dañoso afecte a un bien jurídicamente relevante, sin un momento dogmático en el juicio de responsabilidad en el que se dilucide esta cuestión no se podría conocer cuándo debe intervenir el Derecho y cuando no”⁶⁹⁴.

Así, además, la antijuridicidad sería el factor de discriminación que permitiría delimitar los daños civilmente resarcibles en la responsabilidad extracontractual y contractual: “la presencia de este elemento permite explicar adecuadamente porqué la muerte de un empleado imputable a un tercero es susceptible de generar daños indemnizables, mientras que no lo es el daño –idéntico desde la perspectiva estrictamente naturalística– que puede experimentar el proxeneta por la muerte también imputable a un tercero de la meretriz o el daño del empleador de un inmigrante ilegal en esas mismas condiciones”⁶⁹⁵. Se añade que si la conducta fue ajustada a Derecho, no tiene ningún sentido seguir adelante con la indagación de si existe o no la obligación de reparar el daño⁶⁹⁶.

Corroboraría la tesis en estudio la existencia de las causas de exclusión de la antijuridicidad: si la norma ha autorizado expresamente el daño, éste se encuentra justificado y no sería indemnizable⁶⁹⁷. Como, también, la circunstancia de que existen daños no antijurídicos que originan obligaciones

⁶⁹² *Ídem*.

⁶⁹³ PENA LÓPEZ, J.M., *op. cit.*, p. 22; PENA LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 260, nota 1.

⁶⁹⁴ PENA LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 260, nota 1. BUSTOS PUECHE lo pone de manifiesto de la siguiente forma: “siempre que se sanciona a alguien es porque ha observado un comportamiento ilícito o antijurídico, esto es, contrario a una norma jurídica, ¿cómo justificar la sanción en otro caso? (BUSTOS PUECHE, J., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual”, en *DLL*, N°6091 (22 septiembre 2004), La Ley 2028/2004, disponible en www.laleydigital.es (visita 02 febrero 2008), p. 7.

⁶⁹⁵ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 60.

⁶⁹⁶ BUSTOS PUECHE, J., *op. cit.*, p. 7.

⁶⁹⁷ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 188 y ss.

indemnizatorias⁶⁹⁸: en el caso de conflicto entre dos derechos, se autoriza el ejercicio del más fuerte de ellos pero concediendo un derecho sustitutivo de indemnización al titular del derecho más débil⁶⁹⁹.

Frente a la opinión de un sector de la doctrina que afirma que la antijuridicidad no tiene cabida en un sistema económico basado en el libre mercado, se señala que en países con desarrolladas economías capitalistas, como Alemania, Italia, Suiza, Holanda o Portugal, el presupuesto de la antijuridicidad está consagrado legislativamente⁷⁰⁰.

Y finalmente, respondiendo al argumento dado por los detractores de esta tesis, en orden a indicar que en la consagración del abuso del derecho (artículo 7.2 CC) no se exige la antijuridicidad para dar lugar a la indemnización de los perjuicios que se causen, se señala que ello no es así. Esta circunstancia, más que negar la existencia del requisito de la ilicitud, confirmaría su existencia, puesto “que, como acto extralimitado, es un acto ilícito y, por lo tanto, un supuesto de auténtica antijuridicidad...”⁷⁰¹.

No obstante lo anterior, existen sólidas razones para negar a la antijuridicidad su carácter de requisito de la responsabilidad civil extracontractual. En efecto, el sistema español de responsabilidad extracontractual no es un sistema típico, sino de cláusula general (artículo 1902): todo daño debe ser indemnizado, salvo que el interés lesionado sea indigno de tutela por ilícito o contrario a la moral social⁷⁰². Se indemniza no porque se haya obrado antijurídicamente, sino porque el daño es imputable a la conducta del agente sobre la base de la culpa⁷⁰³.

⁶⁹⁸ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 191 y 192.

⁶⁹⁹ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

⁷⁰⁰ PENA LÓPEZ, J.M., *op. cit.*, p. 17; PENA LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 260, nota 1.

⁷⁰¹ PENA LÓPEZ, J.M., “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español”, en *RDP*, año 88, N°2 (2004), p. 196.

⁷⁰² PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1994; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 90; MACÍAS CASTILLO, A., *El daño...*, cit., p. 272.

⁷⁰³ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1995; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 90. YZQUIERDO TOLSADA señala que “si no hay alusión en nuestro Código a la antijuridicidad, como tampoco la hay en el francés, acaso sea porque se ha pretendido encajar el elemento de la antijuridicidad en el de la culpa: el artículo 1902 no dice que haya de intervenir la antijuridicidad, pero sí la culpa o negligencia (*Sistema...*, cit., p. 112)”. Se indica que la antijuridicidad no es

En esta misma idea, se afirma que el principio general sería el siguiente: “toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento mismo sea justificado. O de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado”⁷⁰⁴.

En relación al hecho de que algunos comentaristas franceses entiendan incorporada la antijuridicidad en el término *faute* del artículo 1382 del *Code*, se sostiene que esa no es una idea que tuvieron en mente DOMAT y POTHIER al enunciar el principio general de responsabilidad por culpa. Esa interpretación, por lo tanto, no se desprende del texto legal ni tampoco ese es su sentido, sino de la influencia que tuvo en la doctrina francesa el proceso codificador alemán, que sí considera a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad aquiliana⁷⁰⁵. Por lo demás, un importante sector doctrinario (COLIN, CAPITANT, BOULANGER, SAVATIER, entre otros) participan de la idea de centrar las definiciones de *faute* y de *dommage* en el elemento subjetivo de la culpabilidad, abandonando la referencia a la violación de una norma protectora de la víctima⁷⁰⁶.

Se agrega que no son aceptables las diversas concepciones que se han esbozado para dar una descripción de la antijuridicidad como un elemento independiente: a) no es admisible la concepción que sostiene que un daño es ilícito o antijurídico cuando es producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva, ya que existen actos dañosos que originan responsabilidad civil sin que exista mandato legal específico alguno y porque es impracticable que las normas puedan reglamentar los innumerables eventos

suficiente para valorar la conducta, toda vez que el modelo de conducta ilícita está integrado por la antijuridicidad y la culpabilidad. Sin culpabilidad no existe una antijuridicidad jurídicamente relevante (DE LA VEGA GARCÍA, F., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrente. Resarcimiento del daño causado al competidor*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 186, 187 y 188).

⁷⁰⁴ DE LORENZO, M.F., *op. cit.*, p. 77.

⁷⁰⁵ VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 819. Según esta autora, esa influencia se llevó a cabo a través de los intérpretes alemanes del *Code* y de los autores franceses con formación germánica.

⁷⁰⁶ VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 820.

dañosos que se producen en la vida social⁷⁰⁷: b) también es inaceptable la posición doctrinaria que sostiene que el daño es antijurídico cuando lesiona un derecho subjetivo absoluto, pues el supuesto de hecho del artículo 1902 CC no requiere su lesión⁷⁰⁸. “La protección de los derechos subjetivos absolutos es función del reconocimiento de derechos y acciones como la reivindicatoria, la negatoria y las de cesación o eliminación de la actividad o del estado de cosas lesivo, cuyo supuesto de hecho requiere sólo la existencia de una situación contraria al ámbito típico de poder garantizado por el derecho subjetivo en cuestión, que su titular no tenga el deber de soportar”⁷⁰⁹; y, c) tampoco exige el citado artículo 1902, como presupuesto, la lesión de otro derecho subjetivo cualquiera o un interés jurídicamente protegido del dañado⁷¹⁰. Se rechaza considerar esta última hipótesis como supuesto, además, porque la vaguedad de los términos no conllevan ninguna mínima precisión⁷¹¹.

En virtud de lo sostenido anteriormente, “es imposible afirmar a la vez que la responsabilidad extracontractual exige la antijuridicidad de la conducta del dañante, y que dicha antijuridicidad consiste en la violación de la norma primaria (el art. 1902 CC sería una norma secundaria) protectora del interés lesionado”⁷¹². Quienes identifican a la conducta antijurídica con la violación del principio genérico del *alterum non laedere* del artículo 1902 confunden la antijuridicidad con el elemento daño⁷¹³.

Asimismo, es inaceptable fundar la antijuridicidad en la violación del *alterum non laedere*, considerándolo como una pretendida norma primaria: una regla de este tipo no podría incluirse en un ordenamiento jurídico de libre competencia, que acepta y estimula la realización de actividades que estadísticamente

⁷⁰⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 111. Se afirma que la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 292).

⁷⁰⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1994; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 292. Esos derechos subjetivos absolutos, según el iusnaturalismo racionalista, serían los relativos a la vida, la integridad corporal y la propiedad (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 111).

⁷⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 292.

⁷¹⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1994; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., *op. cit.*, p. 111.

⁷¹¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 112.

⁷¹² PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., pp. 1994 y 1995.

⁷¹³ REGLERO CAMPOS, L.F., *Conceptos generales...* en *Tratado...*, cit., p. 66.

producen importantes daños⁷¹⁴. Se señala que recurrir a tal aforismo sólo aumenta la confusión, ya que se trata de un principio de carácter generalísimo que requiere concreción⁷¹⁵. Por lo demás y reiterando lo ya dicho, la violación del *alterum non laedere* no constituye antijuridicidad, ya que ello presupone el daño, confundiendo la antijuridicidad con este elemento⁷¹⁶.

Se añade que si se fundara el juicio de antijuridicidad no en el “desvalor del resultado” sino en el “desvalor de la conducta”, o sea, como la infracción de una “norma de determinación” o de un “imperativo de conducta”, se exigiría demostrar cuál es la necesidad que existe de añadir el elemento de la antijuridicidad al elemento daño⁷¹⁷. “La acción u omisión negligente del dañante, es decir, el desvalor de su conducta, se inscribe en la imputación subjetiva y cae fuera de un supuesto ámbito específico de la antijuridicidad”⁷¹⁸.

Por lo demás, en materia de daños del orden civil, la antijuridicidad es reemplazada por la imputabilidad, exigiéndose siempre el resultado: “producido el daño se obliga a su reparación a un determinado sujeto, en virtud de un determinado título de imputación (la culpa, el riesgo, el sacrificio...)”⁷¹⁹.

Como corolario de las razones antes expuestas, dan como ejemplo la situación del ejercicio abusivo del derecho. Conforme al artículo 7.2 del Código Civil, todo acto u omisión que por su intención, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho y provoque un daño, dará lugar a la correspondiente indemnización. Pues bien,

⁷¹⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1995.

⁷¹⁵ Díez-PICAZO señala que el brocardo *alterum non laedere*, en su origen, era poco más que un precepto moral, cuando formaba parte del *tria iuris praecepta* de ULPIANO. “En términos estrictamente jurídicos, hay que proceder a esta concreción del *non-laedere* que es un concepto de daño explícito, a menos que se incurra tajantemente en la anfibología que poco más o menos sería decir que un daño es antijurídico porque se viola una regla de no causar un daño antijurídico” (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 292).

⁷¹⁶ REGLERO CAMPOS, L.F., *Conceptos generales...* en *Tratado...*, cit., p. 66.

⁷¹⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1995.

⁷¹⁸ REGLERO CAMPOS, L.F., *Conceptos generales...* en *Tratado...*, cit., pp. 65 y 66. Por ello, se ha sostenido que si el artículo 1902 CC no contiene referencia alguna a la antijuridicidad es porque se ha pretendido encajarlo en la culpa (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 112).

⁷¹⁹ REGLERO CAMPOS, L.F., *Conceptos generales...* en *Tratado...*, cit., p. 66.

esta disposición no hace ninguna referencia a la ilicitud para hacer procedente el resarcimiento⁷²⁰.

Pues bien, atendidas las tesis contrapuestas recién reseñadas: ¿qué queremos decir, entonces, al hablar de daño antijurídico?

Con tal expresión queremos significar lo que una parte importante de la doctrina estima como daño resarcible a título de responsabilidad civil, la cual centra toda su atención en el elemento daño. Esta tesis afirma que todo daño debe ser indemnizado, salvo que el interés lesionado sea indigno de tutela por ilícito o contrario a la moral social⁷²¹. Se indemniza no porque se haya obrado antijurídicamente, sino porque el daño es imputable a la conducta del agente sobre la base de la culpa⁷²². Desde la perspectiva del principio *pro damnato o favor victimae* se señala que “por regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”⁷²³.

Así las cosas, el principio general sería el siguiente: “toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento mismo sea justificado. O de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado”⁷²⁴. Por ello, el profesor Díez-PICAZO afirma que “los daños justamente causados no se indemnizan. Aunque la acción sea punible, no se indemniza, si concurre una causa de justificación. Tampoco se indemniza si uno actúa en el ejercicio de su derecho, porque el que usa de su derecho no lesiona”⁷²⁵.

⁷²⁰ VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 833.

⁷²¹ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1994; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 90; MACÍAS CASTILLO, A., *El daño...*, cit., p. 272.

⁷²² PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1995; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 90; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 112; DE LA VEGA GARCÍA, F., *op. cit.*, pp. 186, 187 y 188.

⁷²³ Díez-PICAZO, L., *La responsabilidad...*, cit., p. 734. Le siguen LLAMAS POMBO, E., *Responsabilidad médica...*, cit., p. 301; y MACÍAS CASTILLO, A., *El daño...*, cit., p. 272.

⁷²⁴ DE LORENZO, M.F., *op. cit.*, p. 77.

⁷²⁵ Díez-PICAZO, L., *La responsabilidad...*, cit., p. 735.

Pues bien, lo anterior implica aceptar que la antijuridicidad se predica no respecto de la conducta que origina el daño, sino del daño mismo⁷²⁶, debiendo examinarse a los efectos de constatar la existencia de una causa de justificación⁷²⁷ que elimine la injusticia o ilicitud del mismo⁷²⁸. Así, se ha dicho que “de no existir una causa de justificación, cualquier daño puede considerarse ilícito porque viola la mentada regla de convivencia: la que nos ordena no perjudicar a nuestros congéneres”⁷²⁹; “a falta de tipicidad, todo daño irrogado a una persona en sus sentimientos, en su cuerpo o en sus bienes jurídicos (aunque no constituyan propio derecho subjetivo), ha de ser reparado mientras el agente no proceda en el ejercicio regular y no abusivo de un derecho (y todavía con la debida diligencia) o medie una causa de justificación”⁷³⁰.

Decimos que la antijuridicidad no se predica de la conducta generadora del daño, desde que la responsabilidad puede surgir de hechos que, considerados en sí mismos, son lícitos, como conducir un automóvil o poner en funcionamiento una industria que cuente con las respectivas autorizaciones; como que, además, mientras no exista daño, nada hay que indemnizar⁷³¹, aunque la conducta desplegada sea ilícita.

Así, el daño antijurídico sería aquél hecho dañoso que no está justificado por el ordenamiento jurídico. Lo que también ha sostenido la doctrina italiana a partir de la interpretación de la expresión *danno ingiusto* que utiliza el artículo 2043 del *Codice*. En efecto, el artículo 2043 del CC italiano de 1942 prescribe que “*qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”. Se ha puesto de relieve que la expresión “*danno*” se utiliza dos veces en esta disposición: en la parte inicial, el concepto daño está consagrado como una cláusula general, referido a los intereses dignos de tutela para el ordenamiento jurídico; en la

⁷²⁶ LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento...*, cit., p. 87, nota 215; DíEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., pp. 290, 291, 297 y 298; LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, p. 347; MACÍAS CASTILLO, A., *El daño...*, cit., p. 273.

⁷²⁷ MACÍAS CASTILLO, A., *El daño...*, cit., p. 273.

⁷²⁸ LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A., *op. cit.*, p. 1067.

⁷²⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Artículo 1902...*, cit., p. 365.

⁷³⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil II...*, cit., p. 445.

⁷³¹ DíEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 290.

parte final, como sinónimo de daño patrimonial, para diferenciarlo del no patrimonial regulado en el artículo 2059⁷³².

La originalidad de esta disposición es la utilización del adjetivo “injusto” para caracterizar al daño resarcible a título de ilícito civil. Así, a diferencia del artículo 1151 del código de 1865⁷³³, el código del año 1942 introdujo el requisito de la injusticia del daño para diferenciar a la culpa de la *iniuria*⁷³⁴.

Se ha sostenido que la agregación de este término lo fue por influencia del BGB –el cual contiene expresamente el requisito de la antijuridicidad– y con el objetivo de imponer ciertos límites normativos al juez en su labor de determinar los daños resarcibles⁷³⁵. En todo caso, lo que si es evidente es que la doctrina dominante durante los primeros años de vigencia del código de 1942 entendió al concepto de la *ingiustizia* como una referencia a la antijuridicidad de la conducta, llegando, incluso, a reprocharle al legislador que hablara de daños injustos, por cuanto éstos no son ni justos ni injustos⁷³⁶. En este orden de cosas, la doctrina seguía afirmando el carácter sancionatorio del resarcimiento de los ilícitos civiles⁷³⁷, entendiéndolos como actos ejecutados con violación de normas de conducta impuestas por el ordenamiento⁷³⁸. Esta interpretación no había notado el sustancial cambio que el nuevo código había incorporado, consistente en el traspaso de la injusticia desde el hecho hacia el daño⁷³⁹.

Desde otro punto de vista, la tradicional correlación entre los delitos penales y los actos ilícitos civiles conducía necesariamente a entender que el ilícito civil correspondía a la violación de un derecho subjetivo absoluto⁷⁴⁰, para luego

⁷³² FRANZONI, M., *Danno ingiusto e danno risarcibile nella responsabilità civile*, en www.aci.it/fileadmin/documenti/studi_e_ricerche/monografie_ricerche/franzoni.pdf, (visita 05 de marzo 2008), p. 1.

⁷³³ El cual disponía que “*qualunque fatto dell'uomo che arreca danno all'altro, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*”.

⁷³⁴ VISINTINI, G., *op. cit.*, p. 177.

⁷³⁵ VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 823.

⁷³⁶ Así lo constatan SCHLESINGER, P., *op. cit.*, p. 336; VISINTINI, G., *op. cit.*, p. 177.

⁷³⁷ VISINTINI, G., *op. cit.*, p. 178.

⁷³⁸ SCHLESINGER, P., *op. cit.*, p. 336.

⁷³⁹ VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 823.

⁷⁴⁰ SCHLESINGER, P., *op. cit.*, p. 337; VISINTINI, G., *op. cit.*, pp. 179 y 180.

aceptarse también la infracción de los derechos subjetivos relativos⁷⁴¹. La idea que subyace sobre estos planteamientos es que la norma del artículo 2043 del *Codice* constituiría una norma secundaria, que sólo adquiere operatividad combinándose con una norma primaria que establece la obligación infringida⁷⁴².

Así las cosas, la doctrina predominante afirmaba el carácter secundario y sancionatorio del artículo 2043 del Código Civil italiano.

A partir del inicio de la década de los años sesenta se comienza a replantear el significado del *danno ingiusto*, sobre la base de constatar que la injusticia se predica del daño y no de la conducta. Esta nueva concepción doctrinal tiene la virtud de separar el concepto del ilícito de la culpa civil y, además, de observar una doble previsión en el artículo 2043: la primera, relativa a una cláusula general de responsabilidad (daño injusto) y, la segunda, que fija un criterio de imputación de la responsabilidad (culpa)⁷⁴³.

En este nuevo escenario, SCHLESINGER afirma que el artículo 2043 ha codificado el principio general del *alterum non laedere*, que se presenta como un instrumento idóneo para tutelar los más variados intereses frente a la rigidez del esquema apriorístico de la antijuridicidad. Sosteniendo que no es deseable correr el riesgo de paralizar toda actividad ante la amenaza de resarcir cualquier daño, propone una interpretación que concilie los intereses de los dañadores y de los dañados. Así, para lograr tal equilibrio, propugna que daño injusto significa daño no justificado –*non iure*–, en el sentido de que el hecho lesivo no está autorizado por la norma⁷⁴⁴. De este modo, el resarcimiento del daño no se valora en función de la existencia o no de una protección al interés lesionado, sino en función de la existencia o no de una protección del ordenamiento al interés del dañante a desarrollar una actividad, aún a costa del sacrificio de otro⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ GALGANO, F., “Le mobili frontiere del danno ingiusto”, en *Contratto e impresa*, Cedam, Padova, 1985, p. 1.

⁷⁴² SCHLESINGER, P., *op. cit.*, p. 337; VISINTINI, G., *op. cit.*, p. 179.

⁷⁴³ VISINTINI, G., *op. cit.*, p. 181.

⁷⁴⁴ SCHLESINGER, P., *op. cit.*, p. 342.

⁷⁴⁵ SCHLESINGER, P., *op. cit.*, p. 343.

Así, ya no se habla de resarcimiento de derechos subjetivos, sino que de intereses legítimos⁷⁴⁶, considerando en ellos incluso a las expectativas legítimas⁷⁴⁷. Por ello, VISINTINI define al daño como lesión de intereses jurídicamente relevantes⁷⁴⁸.

En virtud de lo recientemente expuesto, el artículo 2043 pasa a tener el carácter de una norma primaria⁷⁴⁹, la cual califica, a través de la *ingiustizia*, los agravios o daños que merecen reparación. De esta forma, la injusticia adquiere una función amplia, ya que el término “*ingiusto*” no sólo va a entenderse en el sentido de antijurídico (*contra ius*), sino también en el sentido de daño no justificado (*non iure*)⁷⁵⁰.

Por lo tanto, el criterio de la injusticia del daño constituye una válvula de apertura que tendrá su medida o alcance según los parámetros de justicia que predominen en la sociedad. “La connotación de la injusticia del daño, ha devenido, en esta prospectiva, factor esencial de cada juicio de responsabilidad y punto focal de la disciplina del ilícito”⁷⁵¹.

Esta nueva perspectiva, además de ampliar el ámbito de los daños resarcibles⁷⁵², ha generado un empuje creativo de la jurisprudencia italiana, que va “elaborando nuevas categorías de “injustos”, que se convierten, en definitiva, en “tipos”, como si de un sistema de precedente se tratara”⁷⁵³. El ejemplo más demostrativo de esta tendencia es la del denominado “daño a la salud”, que, con el objeto de hacerlo resarcible y, con ello, no comprendido en el artículo 2059, se ideó como un tipo de daño con autonomía propia y ajeno al

⁷⁴⁶ SATTÀ, S., “La responsabilità per lesione di interessi legittimi”, en *RDC*, 1963, parte prima, pp. 325 y ss.

⁷⁴⁷ GALGANO, F., *op. cit.*, p. 1.

⁷⁴⁸ VISINTINI, G., *op. cit.*, p. 182. Así también lo constata VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 823.

⁷⁴⁹ SCHLESINGER, P., *op. cit.*, p. 342.

⁷⁵⁰ BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI Y NATOLLI, *op. cit.*, p. 708; VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 824.

⁷⁵¹ BESSONE, M., *Casi e questioni di diritto privato. Atto illecito e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 2000, p. 55.

⁷⁵² Su evolución puede examinarse en GALGANO, F., *op. cit.*, pp. 1 – 9.

⁷⁵³ VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 824.

daño moral⁷⁵⁴. La introducción del daño a la salud ha impuesto una lectura diversa del daño de la segunda parte del artículo 2043⁷⁵⁵.

3.- El daño lícito reparable como especie del género daño no antijurídico

Como afirma Díez-PICAZO, existen ciertos daños que el ordenamiento jurídico no repele, que algunas veces tolera y que incluso puede favorecer⁷⁵⁶. Estos son los denominados daños no antijurídicos.

Pero, como hemos dicho, no todos los daños antijurídicos generan las mismas consecuencias. Los daños causados en el legítimo ejercicio de un derecho no se reparan: *qui suo iure utitur neminem laedit*. Es decir, esta atribución jurídica excluye la ilicitud de un acto abstractamente injusto⁷⁵⁷, ya que, por razones especiales, el Derecho permite la intervención en bienes ajenos en los casos en que se ejercite “una facultad jurídico privada especialmente atribuida para proceder a una determinada intervención”⁷⁵⁸.

Existe otro supuesto más extremo en que la causación de un daño es connatural al ejercicio del derecho, como lo son los perjuicios causados en el legítimo ejercicio del derecho de huelga⁷⁵⁹. En esta clase de daños no reparables se ha afirmado que la producción de daños pertenece a la esencia misma del derecho⁷⁶⁰, a tal punto que se ha sostenido que ella implica el derecho de causar un daño (*droit a nuire*)⁷⁶¹, pues, a veces, se tiene derecho de lesionar a otro por una iniciativa o por una abstención⁷⁶².

En otras oportunidades, las exigencias de la vida diaria nos obligan a tolerar ciertos daños. Es lo que ocurre típicamente en las relaciones de vecindad, en

⁷⁵⁴ El desarrollo del concepto de daño a la salud puede revisarse en VISINTINI, G., *op. cit.*, pp. 186 – 190; VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 824.

⁷⁵⁵ FRANZONI, M., *Danno ingiusto...*, p. 5.

⁷⁵⁶ Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 294.

⁷⁵⁷ VON THUR, A., *op. cit.*, p. 216; BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, pp. 134 y 135.

⁷⁵⁸ LEHMANN, H., *op. cit.*, p. 492.

⁷⁵⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1995.

⁷⁶⁰ GOÑI SEIN, J.L., *La responsabilidad civil...*, cit., p. 420; BAYLOS GRAU, A. Y VALDÉS DE LA VEGA, B., *op. cit.*, pp. 79 y 80; FERRANDO GARCÍA, F., *op. cit.*, p. 26.

⁷⁶¹ Cfr., TÁRRAGA POVEDA, J., *op. cit.*, p. 2; KARILA DE VAN, J., *op. cit.*, pp. 538 y 539.

⁷⁶² Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 294.

que el mero contacto que inevitablemente trae aparejado la vida en relación, genera una serie de disgustos que el Derecho sólo debe reprimir cuando su nivel de intolerancia requiera aplicar el principio *alterum non laedere*⁷⁶³. La condición de vecino exige soportar continuas molestias e incomodidades, siempre y cuando ellas no se eleven por sobre los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria⁷⁶⁴. Por ello se afirma que el daño vecinal será antijurídico cuando sobrepase los límites de la normal tolerabilidad: de no mediar la nota de antijuridicidad, plasmada en el ámbito de las relaciones vecinales en el concepto de la tolerancia, no habrá obligación legal de reparar el daño causado⁷⁶⁵.

Más aún, existen otros daños, incluso deliberadamente queridos por su autor, que no admiten reparación: son aquellos causados con el consentimiento de la víctima. Conforme al principio *volenti non fit injuria*, quien consintió en sufrir los perjuicios que se le han causado, se excluye, por tal razón, la obligación indemnizatoria de quién los originó⁷⁶⁶.

Sin embargo, existen otros daños no antijurídicos que si traen aparejada una consecuencia reparatoria –que son aquellos objeto de estudio en este segundo capítulo y que hemos sucintamente descrito al inicio–, no obstante emanar de acciones o conductas conformes a Derecho, caracterizados por la ausencia de transgresión a un deber jurídico⁷⁶⁷. Por lo tanto, como preliminar conclusión, podemos sostener que los daños lícitos reparables o que dan derecho a una “indemnización” son una especie de daño no antijurídico. Es decir, todo daño lícito reparable es no antijurídico, pero no todo daño no antijurídico es lícito reparable, puesto que también existen daños lícitos que no se reparan.

De este aserto y sus demás rasgos característicos nos haremos cargo en nuestro estudio.

⁷⁶³ ALONSO PÉREZ, M., *Las relaciones...*, cit., p. 358.

⁷⁶⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 272.

⁷⁶⁵ MACÍAS CASTILLO, A., *El daño...*, cit., p. 275.

⁷⁶⁶ Entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 284; Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., pp. 304 y 305; SANTOS BRIZ, J., *Derecho...*, pp. 83 y 84; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, pp. 292 y ss.; LEHMANN, H., *op. cit.*, p. 493.

⁷⁶⁷ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 174.

III.- CARATERIZACIÓN DEL DAÑO LÍCITO REPARABLE EN EL DERECHO COMPARADO

1.- Palabras previas

El tratamiento de los daños lícitos reparables, salvo en el ordenamiento italiano, no ha tenido un estudio sistemático en el Derecho comparado. Lo anterior no significa que no existan comentarios, aunque tangenciales, de los diversos casos que constituyen el fenómeno en estudio, pero como secciones de los capítulos de las temáticas generales en que ellos inciden.

Así, en el Derecho alemán algunos de sus supuestos típicos se estudian a propósito de la responsabilidad civil extracontractual como “actos sin culpa que obligan a indemnización”⁷⁶⁸, “responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas o permitidas”⁷⁶⁹, “responsabilidad por daños sin culpa”⁷⁷⁰ o “indemnizaciones por hechos constitutivos de sacrificio”⁷⁷¹; en el Derecho francés, con ocasión de la responsabilidad delictual, se analizan como “causas de irresponsabilidad”⁷⁷²; en el Derecho argentino, también con motivo de la responsabilidad civil, se les examina bajo el rótulo de “causas de justificación”⁷⁷³ o “daños justificados”⁷⁷⁴; y, en el Derecho chileno, con relación a similar temática, son tratados como “causas de justificación”⁷⁷⁵ o “circunstancias que excluyen la ilicitud”⁷⁷⁶.

⁷⁶⁸ ENNECCERUS, KIPP, WOLF Y NIPPERDEY, *Derecho Civil (parte general)* (traducción de la trigésimo novena edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ Y JOSÉ ALGUER), tomo I, volumen II, Bosch, Barcelona, 1935, pp. 488 y ss.

⁷⁶⁹ LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 690 y ss.

⁷⁷⁰ VON THUR, A., *op. cit.*, pp. 233 y ss.

⁷⁷¹ HUBMANN, H., “Der burgerlichrechtliche Aufopferungsanspruch”, en *Juristenzeitung*, N°16 (1958), p. 490.

⁷⁷² PLANIOL, M. Y RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo VI, traducción española de MARIO DÍAZ CRUZ, Cultural S.A., La Habana, 1946, pp. 774 y ss.

⁷⁷³ MOSSET ITURRASPE, J., *op. cit.*, pp. 75 y ss.; ZABALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad por el daño necesario*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 99.

⁷⁷⁴ ZANNONI, E., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 3

⁷⁷⁵ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, pp. 132 y ss.; RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, reimpresión primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 150 y ss.

⁷⁷⁶ CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, segunda edición actualizada, Legal Publishing – Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, pp. 121 y ss.

Otro tanto ocurren en el Derecho español, en donde los daños que nos convocan se consideran en el análisis de la responsabilidad civil extracontractual, donde son designados como “daños justos”⁷⁷⁷, “daños lícitos”⁷⁷⁸, “daños no antijurídicos que originan la obligación de indemnizar”⁷⁷⁹ o como supuestos de “responsabilidad por acto lícito”, “responsabilidad por ataques o transgresiones permitidos” o “responsabilidad o pretensión por el sacrificio”⁷⁸⁰, sin que exista un estudio monográfico dedicado especialmente al tema.

Así las cosas, para introducir el estudio de este instituto en el Derecho español, veremos las notas distintivas de esta clase de daños, principalmente, desde la perspectiva del Derecho italiano, que le ha dedicado varias obras a los denominados “actos lícitos dañosos”.

2.- Teorías sobre la naturaleza jurídica del daño lícito reparable

Determinar la ubicación de los daños lícitos reparables en alguna de las instituciones típicas del ordenamiento jurídico ha sido una tarea a la que se ha dedicado preferentemente la doctrina italiana, en donde esta clase de daños ha llamado la atención de varios e importantes juristas. Por ello, dado que en el sistema itálico se ha pretendido estudiar sistemáticamente a los “actos lícitos dañosos”, a diferencia de los demás ordenamientos, nos guiaremos por las principales discusiones que sobre el particular se han dado allí.

El esfuerzo de los autores se encamina a determinar cuál o cuáles son las razones por las que el sistema jurídico requiere hacer coexistir dos o más derechos o intereses que son inconciliables entre sí, por medio de la prevalencia de uno de ellos a cambio de una compensación económica en

⁷⁷⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., voz “*Responsabilidad extracontractual...*”, cit., p. 5947; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166.

⁷⁷⁸ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

⁷⁷⁹ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 165 y ss.

⁷⁸⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 612...*, cit., p. 328.

beneficio del derecho o interés sacrificado, logrando, con ello, equilibrar la situación jurídica inicialmente desbalanceada por la opción legislativa⁷⁸¹.

2.1.- Teoría de la dicotomía: licitud del acto e ilicitud del daño

Se ha pretendido explicar esta particular situación señalando la existencia de una dicotomía: licitud del acto e ilicitud del daño inferido⁷⁸². Esta tesis observa que el legislador autoriza una conducta –que de otra manera no estaría permitida– esperando que no se produzca daño alguno, pero al generarse éste nace la obligación de compensarlo a la víctima⁷⁸³. Se advierte que la ley no atribuye al agente el derecho a provocar un daño⁷⁸⁴, a tal punto que la existencia de éste no viene proyectado en la configuración legal⁷⁸⁵, ya que la previsión normativa apunta hacia el ejercicio de un derecho⁷⁸⁶.

No obstante, se ha puesto en duda tal dicotomía, ya que se ha sostenido que la autorización legal de un comportamiento potencialmente dañoso no elimina la ilicitud del mismo, máxime si se ha impuesto una reparación por su acaecimiento: lo que ha hecho la ley es introducir una explícita excepción a las normas que prohíben, en general, tal conducta⁷⁸⁷. Pero, evidentemente, el hecho de que se imponga una reparación no implica necesariamente su ilegalidad⁷⁸⁸.

Ahora bien, se ha señalado que tampoco puede considerarse lícito un determinado comportamiento por la sola circunstancia de que una norma expresamente lo autorice, ya que tal previsión normativa no autoriza a causar

⁷⁸¹ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, pp. 146 y 147.

⁷⁸² TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 146; SCOGNAMIGLIO, R., voz “Responsabilità civile”, en *Novissimo Digesto Italiano* (dirigidos por Antonio Azara y Ernesto Eula), tomo XV, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1968, pp. 643 y 644;

⁷⁸³ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 152; GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102.

⁷⁸⁴ TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 146; FRANZONI, M., *Dei fatti...*, cit., p. 115. SALVI pone de manifiesto que se autoriza la intervención pero no la producción del daño (SALVI, C., “La proprietà fondiaria”, en *Trattato di Diritto Privato, 7, Proprietà* (dirigido por PIETRO RESCIGNO), tomo 1, Utet, Torino, 1982, p. 386).

⁷⁸⁵ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102.

⁷⁸⁶ SCOGNAMIGLIO, R., *op. cit.*, p. 643.

⁷⁸⁷ TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 18 y ss.

⁷⁸⁸ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 155.

un daño⁷⁸⁹, el que de ocasionarse sería fuente de responsabilidad civil por exceder la finalidad de la norma⁷⁹⁰. Así, el problema no afectaría a la facultad atribuida al titular del interés que predomina sino al uso de aquella por parte del sujeto, con la consecuencia de que una evaluación en términos de ilegalidad no debe efectuarse con respecto a la subsistencia del poder de actuar, que está previsto por la ley, sino con el resultado final de la acción: el hecho dañoso⁷⁹¹.

Sin embargo, esta última idea igualmente no puede aceptarse, desde que la existencia de un daño es inevitable e inseparable en el ejercicio de determinados actos lícitos dañosos, como en la expropiación⁷⁹², no pudiendo en tales casos calificarse tales daños como antijurídicos o ilícitos.

2.2.- Teoría de la responsabilidad civil integral

Separándose de la doctrina que considera a la responsabilidad civil como sanción por la realización de un comportamiento reprochable de aquél que ha causado el daño, se señala que la figura en estudio participa plenamente de la gran categoría de la responsabilidad civil.

En efecto, se postula una amplia tutela resarcitoria no limitada al aspecto sancionatorio, ya que además de las dificultades inherentes a la misma formulación del concepto de ilícito⁷⁹³, la misma disciplina positiva impide identificar un ilícito en cada caso de responsabilidad civil⁷⁹⁴, puesto que no puede explicar las diversas especies de responsabilidad que prescinden de la culpa para generar obligaciones indemnizatorias (por ejemplo, la responsabilidad objetiva)⁷⁹⁵.

Por lo tanto, aceptando que el resarcimiento no es una característica específica de los ilícitos civiles, bien puede considerarse que la reparación de los daños

⁷⁸⁹ FRANZONI, M., *Dei fatti...*, cit., p. 115.

⁷⁹⁰ *Ídem*.

⁷⁹¹ *Ídem*.

⁷⁹² MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 155.

⁷⁹³ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 256.

⁷⁹⁴ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 259.

⁷⁹⁵ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 101.

derivados de actos lícitos constituye el efecto jurídico de aquéllos, ya que representa sólo un medio de protección de la esfera jurídica subjetiva⁷⁹⁶. Frente a la específica facultad de actuar reconocida al causante del daño por razones superiores del ordenamiento, no existe una pretensión de contenido opuesto del dañado, pero se protege su interés por medio de una indemnización⁷⁹⁷. Y, por lo mismo, se puede sostener que la responsabilidad derivada de un acto lícito legal no es excepcional en la *ratio* del instituto de la responsabilidad civil⁷⁹⁸, dado que ésta es principalmente una reacción al daño injusto, entendiendo por tal a aquél que se sustenta en la lesión de un interés del dañado tutelado por el ordenamiento, lo que incluso puede acontecer cuando el acto del cual emane sea lícito⁷⁹⁹.

De esta manera, pueden existir razones particulares para imponer el resarcimiento también a quien lo ha causado lícitamente, sin que deba verse en ello una excepción a los principios de la responsabilidad civil. Los daños derivados de actos lícitos se distinguirían de los derivados de actos ilícitos sólo por opción legislativa⁸⁰⁰: en ambos se cautelan los intereses del sujeto dañado, aunque restringiéndose en los primeros la respectiva reparación dentro de los límites establecidos en las normas concretas⁸⁰¹.

Corrobora este aserto lo expuesto por ALLARA a propósito de las “obligaciones de resarcimiento del daño”, en donde señala que esta clase de obligaciones pueden presentarse como consecuencia de un comportamiento antijurídico o “*di altri fatti*”⁸⁰². Y en esta última categoría menciona a diversas hipótesis de actos lícitos dañosos reglamentados en el ordenamiento italiano, como el incumplimiento sin justo motivo de la promesa de matrimonio (artículo 81 CC), la revocación de la propuesta contractual (artículo 1328.1 CC) o el estado de necesidad (artículo 2045 CC). Por lo que, en cuanto a las fuentes de las

⁷⁹⁶ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263.

⁷⁹⁷ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263.

⁷⁹⁸ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263; PERLINGIERI, P., “La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento”, en *Rassegna di diritto civile*, N°4 (2004), p. 1079.

⁷⁹⁹ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 264; MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 159.

⁸⁰⁰ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263; MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 159.

⁸⁰¹ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 264.

⁸⁰² ALLARA, M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, quinta edición, volumen I, Giappichelli Editore, Torino, 1958, pp. 552 y 553.

obligaciones, la responsabilidad civil italiana debe encontrar parte de su estructura fundante también en el daño resultante de “cualquier otro acto o hecho adecuado para producirlos”, como lo prescribe la parte final del artículo 1173 CC, pues de lo contrario sería incompleta y sobre todo ineficaz⁸⁰³.

Finalmente y contestando a quienes pretender aún justificar la tesis sancionatoria de la responsabilidad civil en el ámbito de los actos lícitos dañosos, señalando que estos últimos dan origen a “*indennità*” y los actos ilícitos a “*risarcimento*”, se señala que la diferencia se presentaría en la cuantificación del daño⁸⁰⁴ –ya que la primera no coincidiría necesariamente con la exacta extensión del perjuicio⁸⁰⁵–, presentando más un carácter compensatorio que sancionatorio⁸⁰⁶. La *indennità* tendría únicamente una función reintegradora y existiría en los supuestos de ausencia de ilicitud del acto dañoso o ausencia de culpabilidad del autor del daño⁸⁰⁷.

Las críticas son evidentes. La diferencia anotada por esta concepción sólo se refiere al monto de la liquidación final del perjuicio⁸⁰⁸, que no supone ninguna calificación diversa de ambas formas de reparación ni permite identificar la esencia de los daños derivados de acto lícito que admiten reparación. Es más, esta distinción se hace aún más dudosa si vemos que en ambos casos lo que opera es la transferencia de la obligación de soportar ciertos daños desde la persona del dañado a la del dañante; sólo que, tratándose de los actos lícitos dañosos, son transferidos ciertos y determinados daños a fin de establecer un equilibrio patrimonial conforme a razones de justicia del ordenamiento⁸⁰⁹.

Por lo demás, no se aprecia contradicción entre la existencia de estos daños y su posibilidad de resarcimiento. La autorización de un determinado comportamiento define los límites de la actividad reconocida a un sujeto, en cuyo ámbito dicha conducta está garantizada por el ordenamiento. En cambio,

⁸⁰³ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 161.

⁸⁰⁴ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 103.

⁸⁰⁵ GUALANDI, A., *Spese e danni nel processo civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, p. 383.

⁸⁰⁶ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 249.

⁸⁰⁷ MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, novena edición, tomo V, Giuffrè Editore, Milano, 1958, pp. 562 y 563.

⁸⁰⁸ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 103.

⁸⁰⁹ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 249.

el juicio de resarcibilidad del daño se refiere a la valoración del perjuicio verificado en el patrimonio de un sujeto a fin de imputarlo a otro⁸¹⁰.

2.3. Teoría de los hechos jurídicos dañosos como fuente de responsabilidad

RODOTÀ hace recaer en un hecho “jurídico” y “dañoso” el núcleo estructural de toda responsabilidad, del cual pueden originarse diversas especies pero correspondientes a un mismo género. Así, la fisonomía del hecho dañoso no sólo sirve de condición del juicio de responsabilidad –cuyo fin no es la de definir el hecho como ilícito–, sino de poner de cargo de un sujeto una obligación de indemnización cuando exista precisamente un criterio para la imputación del hecho mismo⁸¹¹.

En este entendido, el ilícito se plantea pues como una de las diversas manifestaciones de la responsabilidad⁸¹², evidenciando una transición del juicio de responsabilidad y a su imputación desde el acto ilícito hacia el hecho dañoso⁸¹³. Éste último concepto permite responder de forma más clara el por qué y cómo una sujeto puede ser responsable.

Por lo tanto, lo que genera la responsabilidad es el resultado dañoso, con independencia de la licitud o ilicitud del acto ejecutado. Tratándose de los actos lícitos dañosos, esta solución se afinca en el principio de solidaridad que postula RODOTÀ, que propicia evitar que importantes daños queden desprovistos de asunción de responsabilidad⁸¹⁴. Así, el principio de solidaridad explica la razón de la existencia de la responsabilidad resultante de los actos lícitos dañosos, el cual se eleva como único medio de valoración ético-social del ejercicio de los derechos⁸¹⁵.

⁸¹⁰ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 264.

⁸¹¹ RODOTÀ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1964, p. 124.

⁸¹² MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 169.

⁸¹³ RODOTÀ, S., *op. cit.*, p. 126.

⁸¹⁴ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 170.

⁸¹⁵ RODOTÀ, S., *op. cit.*, p. 92.

2.4. Teoría de los daños no antijurídicos

DE CUPIS sostiene que existen ciertos daños no antijurídicos que, excepcionalmente, tienen relevancia jurídica. En algunos casos el Derecho considera a cierto interés digno de prevalecer, pero preocupándose, al mismo tiempo, de establecer consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado. Pues bien, el daño que afecta al interés sacrificado por el Derecho no es antijurídico y la reacción que genera –una compensación– no es una sanción, desde que el ordenamiento no sólo garantiza la prevalencia de un interés, sino que, más aún, compensa al sujeto titular del interés sacrificado⁸¹⁶.

Se indica que cuando un interés se lesiona se genera un daño; y si este daño, procediendo de una causa extraña al sujeto que lo sufre, produce una reacción jurídica a favor de este mismo, evidenciaría la existencia de un daño en sentido jurídico, independientemente de su antijuridicidad⁸¹⁷, ya que no se aprecia la concurrencia de una obligación preexistente violada con el comportamiento dañoso⁸¹⁸.

Mientras que los criterios dominantes del ordenamiento jurídico exigen que el daño antijurídico no quede desprovisto de sanción, esos mismos criterios varían respecto del radio de acción del daño no antijurídico. No es concebible un daño antijurídico desprovisto de sanción, mientras que no sólo no hay razón alguna para imponer una reacción general contra el daño no antijurídico, sino que es más, de establecerse, se vulneraría la misma entraña de la convivencia social⁸¹⁹.

Por lo anterior, como regla general, el daño no antijurídico debe ser soportado por el sujeto del interés lesionado, lo que no impide, en casos especiales, como

⁸¹⁶ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 93.

⁸¹⁷ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 93 y 94. En el mismo sentido, CESARINI SFORZA, W., “Risarcimento e sanzione”, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1940, p. 149.

⁸¹⁸ RUBINO, D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè Editore, Milano, 1939, p. 205.

⁸¹⁹ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 99 y 100.

en los actos lícitos dañosos, que se produzca una determinada reacción jurídica⁸²⁰. En este caso, a través de una compensación.

2.5. Teoría del enriquecimiento sin causa

Surgida como respuesta frente a las diversas tesis que se han construido respecto de las características típicas de los actos lícitos dañosos que, sin embargo, no identifican las reglas comunes de las diversas hipótesis de los mismos, aparece la doctrina en comento. Se menciona que la razón de ello se encuentra, muchas veces, en el rechazo a reconocer a una categoría unitaria distinta de la responsabilidad aquiliana, la cual tendría un carácter totalizador del fenómeno resarcitorio.

No obstante, el dogma de la responsabilidad civil y la existencia de una teoría de los actos lícitos dañosos presentarían como elemento común el de no dejar solitarias a las víctimas frente a los daños⁸²¹. Así, se entiende a la responsabilidad derivada de los actos lícitos dañosos como derivada del “principio que condena a los desplazamientos patrimoniales injustificados”⁸²² – entendidos en un sentido amplio como contraposición entre enriquecimiento y empobrecimiento–, los cuales no han sido requeridos ni legitimados por el sujeto empobrecido⁸²³.

En base a lo anterior, se afirma que el fundamento del instituto debe ser identificado en una especie de justicia sustancial y en un principio general del derecho: el enriquecimiento sin causa⁸²⁴. Y, precisando lo recién dicho, se señala que el fundamento de justicia sustancial reconocido al instituto

⁸²⁰ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 100.

⁸²¹ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 171.

⁸²² ALESSI, R., voz “La responsabilità da atti legittimi”, en *Novissimo Digesto Italiano* (dirigidos por Antonio Azara y Ernesto Eula), tomo XV, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1968, p. 627.

⁸²³ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 171.

⁸²⁴ LAZARI, A., “Eppur si muove: Galileo, i iudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario”, en *Danno e responsabilità*, N°5 (1998), p. 338. Asimismo, se evidencia que ya en la *Relazione al Re* del CC italiano de 1942 se afirmaba que atendidos los valores de justicia y equidad –expresiones de un principio ético asumido en la esfera del derecho– no pueden tolerarse desplazamientos patrimoniales disociadas de una causa justificante (MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 173; BUONAURO, C., *op. cit.*, pp. 152 y 153).

determina su objetivo, que no se dirige en primer lugar contra el enriquecimiento injustificado, sino que, sobre todo, tiende a evitar el empobrecimiento: la acción, más que contra el enriquecimiento "sin causa", es dada para evitar el enriquecimiento efectuado "con daño ajeno"⁸²⁵. Por ello, la necesidad de compensar el daño proveniente de esta clase de actos se funda en la necesidad de reparar un desequilibrio que se ha manifestado sin adecuado fundamento de justicia⁸²⁶.

Conforme a esta tesis, se identifican los presupuestos de ambas instituciones. En efecto, los elementos esenciales contenidos en la acción general de enriquecimiento (artículo 2041 CC italiano) son enriquecimiento de un sujeto, el daño de otro sujeto, la ausencia de causa justa y la obligación de compensar la correlativa disminución patrimonial; éstos, a su vez, son los elementos recurrentes en casi todas las figuras típicas de actos lícitos dañosos⁸²⁷.

Sin embargo, se critica la teoría del enriquecimiento sin causa para explicar el sustrato de los actos lícitos dañosos en el hecho de que la obligación reparatoria (*indennità*) en estos casos, lejos de plantearse como contrapartida frente a un beneficio conseguido sin un específico título jurídico, detecta su justificación causal precisamente en la norma que permite el cumplimiento de una actividad determinada, aunque potencialmente perjudicial⁸²⁸. Tal norma permite el ejercicio de una potestad o de un derecho asignado por ley –si bien sujeta a *indennità*–, por lo que el beneficio obtenido por el titular del interés que prevalece tiene un título jurídico y no puede considerarse exento de causa⁸²⁹.

Por otro lado, la acción de enriquecimiento sin causa presenta un carácter subsidiario, sólo ante la inexistencia de alguna otra acción concurrente⁸³⁰, lo

⁸²⁵ TRABUCCHI, A., voz "Arricchimento", en *Enciclopedia del Diritto*, tomo III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 69.

⁸²⁶ TRABUCCHI, A., *op. cit.*, p. 67.

⁸²⁷ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 173.

⁸²⁸ BUONAURO, C., *op. cit.*, pp. 156 y 157.

⁸²⁹ TROIANO, P., "La c.d. responsabilità per atti leciti", en *Quaderni del Consiglio di Stato*, N°9 (2004), p. 181.

⁸³⁰ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, pp. 184 y ss.

que en el presente caso no se divisa, desde que ha sido la propia ley la que ha concedido la respectiva acción compensatoria.

2.6.- Teoría del sacrificio especial

En el sistema alemán, HUBMANN indica que la jurisprudencia y la doctrina consideran que, en el ámbito del Derecho público y siempre que el individuo debe soportar intervenciones en nombre del interés común que le imponen un sacrificio especial, se genera una obligación indemnizatoria⁸³¹. Al mismo tiempo, constata que en el Derecho privado se contienen una serie de disposiciones en las cuales se regulan los hechos constitutivos del sacrificio y se establece una obligación de indemnización, como ocurre con el estado de necesidad o con la autorización otorgada al dueño de un enjambre de abejas para ingresar en una propiedad de terceros durante su persecución, que incluso le autoriza a dañar una colmena ajena⁸³². Todas estas figuras del Derecho privado tienen en común que se permite sacrificar un interés menor en favor de uno predominante, debiéndose pagar una indemnización por ello, por lo que sostiene la existencia no sólo una acción general por sacrificio en el Derecho público sino también una en el Derecho civil⁸³³.

Afirma que estos sacrificios especiales, en sí, no debieran ser tolerados, al menos en el ámbito civil, ya que todos tienen igual derecho, incluso garantizado constitucionalmente, a la ejecución de sus intereses legítimos. En caso de un conflicto entre derechos e intereses, le corresponde a cada uno una acción inhibitoria en contra del otro, de manera que cada interés debe aceptar una restricción relativa hasta que pueda coexistir junto al otro. En caso que esta restricción relativa no sea posible, se podrá, a través de una intervención prudente y a cambio de una indemnización, sacrificar el interés inferior en beneficio del superior⁸³⁴. Pero la razón real de la obligación de indemnizar no puede ser encontrada en la denegación excepcional de la acción inhibitoria

⁸³¹ HUBMANN, H., *op. cit.*, p. 489. En el mismo sentido, NIETO, A., *op. cit.*, p. 77; FORSTHOFF, E., *op. cit.*, pp. 441 y 442.

⁸³² HUBMANN, H., *op. cit.*, p. 490.

⁸³³ HUBMANN, H., *op. cit.*, p. 491.

⁸³⁴ HUBMANN, H., *op. cit.*, p. 491.

sino en la idea de la compensación de beneficios. Quién persigue su interés a través del sacrificio de un tercero y lo puede hacer logrando así una ventaja especial, porque su interés según estaba siendo inhibido por el opuesto, debe indemnizar al agraviado por el sacrificio especial que le ha impuesto⁸³⁵.

La premisa para la acción civil por sacrificio es siempre que el daño haya ocurrido por una intervención. Esto comprende la persecución de los intereses propios vulnerando conscientemente o, al menos, asumiendo la vulneración de intereses de terceros. Según esto, las premisas para la acción civil por sacrificio pueden resumirse de la siguiente forma: en el caso de oposición de intereses, se puede perseguir el interés predominante a través de una intervención al menor, mientras esto sea absolutamente necesario. El agraviado puede demandar, sin embargo, una indemnización por el sacrificio especial que le fue impuesto⁸³⁶.

El citado autor alemán distingue a la acción civil por sacrificio de otras similares, como las acciones públicas indemnizatorias, la pretensión por enriquecimiento y la responsabilidad por riesgo: a) de las primeras se diferencia porque éstas presuponen una intervención de la autoridad; b) de la segunda, si bien ambas se basan en la idea de la compensación de beneficios y que la parte beneficiada debe restituir el beneficio que ha obtenido a costa de la parte perjudicada, no coincide la exigencia de existir un desplazamiento patrimonial, ya que el sacrificio se configura con la destrucción o daño de un bien ajeno a través del cual se hace valer el interés propio; y, c) se distingue de la responsabilidad por riesgo en que la acción por sacrificio presupone una intervención voluntaria, mientras que la responsabilidad por riesgo requiere solamente la creación de una situación de peligro, el cual, por experiencia, acarrea repetidamente un perjuicio, tratándose en el primer caso de un perjuicio legal mientras que en el último de uno ilegal⁸³⁷. De esta manera, la

⁸³⁵ HUBMANN, H., *op. cit.*, pp. 491 y 492.

⁸³⁶ HUBMANN, H., *op. cit.*, p. 492.

⁸³⁷ HUBMANN, H., *op. cit.*, p. 492.

acción por sacrificio presupone, entonces, en su forma originaria y al contrario de la responsabilidad por riesgo, una vulneración legal de un bien jurídico⁸³⁸.

Finalmente, cabe consignar que, a diferencia de lo sostenido por HUBMANN en orden a la existencia de una acción civil general por sacrificio especial, se ha señalado que las intervenciones legales en los derechos de terceros, en especial sobre la propiedad, acarrearán solamente en casos excepcionales el derecho a indemnización⁸³⁹.

IV.- EL DAÑO LÍCITO REPARABLE EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL

1.- Planteamiento

Hemos dicho que, salvo el sistema italiano, no existe un tratamiento sistemático de la figura de los daños lícitos reparables. Por lo anterior, a objeto de poder conocer sus características esenciales y, con ellas, determinar la existencia o inexistencia de un núcleo común que permita categorizarlos de manera separada como una institución autónoma, partiremos por analizar los principales casos de daños lícitos reparables que se han regulado en el Derecho Privado español. Luego de ello, de ser posible, veremos los nudos comunes de todos estos casos, para, finalmente, establecer los rasgos distintivos de esta clase de daños.

Partiremos, en consecuencia, con la determinación de los principales casos de daños lícitos reparables que contempla el Derecho Privado español. La selección de los mismos no ha sido arbitraria, sino que corresponden a aquellos enumerados como tales por la doctrina que precisamente se ha referido a ellos: CAVANILLAS⁸⁴⁰, BUSTO LAGO⁸⁴¹, PANTALEÓN⁸⁴² Y DÍEZ-PICAZO⁸⁴³.

⁸³⁸ HUBMANN, H., *op. cit.*, p. 493.

⁸³⁹ FIKENTSCHER, W., *Schuldrecht*, 4, Auflage, de Gruyter, Berlín–New York, 1973, p. 678.

⁸⁴⁰ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

⁸⁴¹ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 165 y ss.

⁸⁴² PANTALEÓN PRIETO, F., "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coordinador JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2000, p. 451.

⁸⁴³ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 57.

Los casos que analizaremos serán los siguientes:

- a) La indemnización por el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio.
- b) La indemnización por la persecución de un enjambre de abejas en fundo ajeno.
- c) La indemnización por el ejercicio del derecho de retirada del artículo 14 N°6 del RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
- d) La reducción de renta y la indemnización de los gastos originados por las obras de mejora en la vivienda arrendada, establecidos en el artículo 22 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.
- e) Las indemnizaciones provenientes de las servidumbres legales.
- f) Las indemnizaciones previstas en los supuestos de unión de bienes.
- g) La indemnización originada por los daños causados en estado de necesidad.

2.- Indemnización por el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio

Conforme al principio de libertad nupcial –calificado incluso como de orden público⁸⁴⁴–, reconocido en los artículos 42 y 43 CC, los prometidos en matrimonio son libres de romper la promesa de matrimonio o negarse a su celebración. De esta manera, se tutela la plena libertad de los promitentes a cambiar de opinión, haciendo prevalecer el principio de la libertad matrimonial⁸⁴⁵.

Según el artículo 42.1 CC, “la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración”. A su turno, el inciso 2º de la misma disposición prescribe que “no se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento”. Así, la

⁸⁴⁴ GARCÍA CANTERO, G., “Artículos 42 a 107”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director Manuel Albaladejo), tomo II, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 24.

⁸⁴⁵ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 237; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 167; RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: familia*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 56.

promesa de contraer matrimonio es no obligatoria e inexigible, imponiéndose tal contenido no sólo a las partes de la misma sino a cualquier tercero que pretenda pactar algún convenio o cláusula que limite el ejercicio de esta libertad tutelada⁸⁴⁶.

En esta inteligencia, el incumplimiento de la promesa de matrimonio, incluso sin causa, se nos presenta como una conducta lícita, ya que no existe un comportamiento contrario a derecho⁸⁴⁷.

Sin embargo, la negativa a celebrar el matrimonio prometido no es absoluta, pues pueden generarse consecuencias negativas para el promitente incumplidor al amparo del artículo 43.1 CC: “el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”. Por lo tanto, careciendo de “causa” la ruptura de la promesa matrimonial, la ley ordena al incumplidor a “resarcir” los conceptos que indica la norma.

Desde luego, tal obligación reparatoria queda limitada sólo a los eventos en que no exista tal causa⁸⁴⁸. Por ende, para excepcionarse de tal reparación, el incumplidor deberá tener una causa que motive la negativa a contraer matrimonio. Pero, determinar la existencia de causa es un problema complejo, pues implica tratar de conciliar la discrecionalidad absoluta de la negativa a

⁸⁴⁶ VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, p. 48.

⁸⁴⁷ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 237; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 167; BADOSA COLL, F., “Artículos 42 y 43” en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 111; ASÚA GONZÁLEZ, C., “Artículo 43”, en *Comentarios al Código Civil* (coordinador Joaquín Rams Albesa y coordinadora adjunta Rosa María Moreno Flórez), Bosch, Barcelona, 2000, p. 473; CARRIÓN OLMOS, S., “Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños”, en *Daños en el Derecho de familia* (coordinador José Ramón de Verda y Beamonte), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 141; VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, pp. 60 y 65.

⁸⁴⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Artículo 43”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil* (coordinador José Luis Lacruz Berdejo), segunda edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 45.

contraer el matrimonio prometido con la tutela del principio de libertad matrimonial⁸⁴⁹.

Se ha hecho notar que la actual redacción del artículo 43.1 CC, otorgada por la Ley de 07 de julio de 1981, al eliminar la referencia a una “justa causa”, podría significar aceptar que “la causa para incumplir siempre será justa, pues se plasma en el deseo de no casarse, reconocido en la Constitución, de ahí que no se emplee ese adjetivo”⁸⁵⁰.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria⁸⁵¹ defiende su vigor, ya que la “justa causa” es un elemento importante a tener en cuenta por el juez al momento de aplicar la norma. Afirmar lo contrario permitiría a cualquiera de los prometidos liberarse de la misma por mero capricho o simple cambio de opinión, ya que siempre podría invocar como causa de la ruptura a su personal cambio de parecer. Por ello, no obstante la libertad para romper la promesa, la retractación debe tener un motivo o una razón seria⁸⁵², es decir, ser justificada o fundamentada, para lo cual la causa deberá ser valorada tomando en consideración los aspectos personales de los propios prometidos y conocidos por éstos y, a falta de éstos o ante el desconocimiento de su contraparte, recurriendo a los criterios sociales del ambiente en que ellos se desenvuelven⁸⁵³.

Sobre el punto, se ha resuelto que “con el mantenimiento de la expresión “sin causa” se pretende que la protección de la libertad matrimonial no lleve a una práctica discrecionalidad en la decisión de romper con la promesa contraída,

⁸⁴⁹ CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 135.

⁸⁵⁰ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *op. cit.*, p. 57.

⁸⁵¹ V. gr., GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 24; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 55; BADOSA COLL, F., *op. cit.*, pp. 116 y 117; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 475; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de familia*, reimpresión actualizada, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 141 y 142; BUSTO LAGO, J.M., “Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de incumplimiento de la promesa de matrimonio”, en *RDP*, abril de 1998, p. 262; GARCÍA VARELA, R., “Artículo 43”, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000, p. 612.

⁸⁵² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 43”, en *Comentarios al Código Civil* (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 145.

⁸⁵³ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 55; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículo 43...*, cit., p. 145; VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, pp. 53 y 54. También, pero refiriéndose únicamente a criterios abstractos de la realidad social en que se mueve la pareja, GARCÍA VARELA, R., *op. cit.*, p. 612; BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 262.

puesto que en otro caso el contenido del precepto sería superfluo⁸⁵⁴. Criterio, por lo demás, adoptado por el CC italiano⁸⁵⁵, el BGB alemán⁸⁵⁶ y el CC portugués⁸⁵⁷ que, al igual que el artículo 43 CC español, establecen reglas para el caso de que uno de los prometidos “sin justo motivo” o “sin una razón sustancial”, respectivamente, desista de los esponsales.

2.1.- Naturaleza de la obligación reparatoria del artículo 43.1 CC

La falta de eficacia jurídica de la promesa de matrimonio no es obstáculo para, en determinadas condiciones, hacer surgir una obligación reparatoria a cargo del promitente que se desiste de celebrar el matrimonio prometido. Ello ha llevado a algunos a preguntarse a si acaso no existe alguna contrariedad entre el nacimiento de una obligación indemnizatoria y la falta de ilicitud en el comportamiento del que incumplió la promesa: si no casarse es lícito ¿por qué se genera una indemnización?⁸⁵⁸

⁸⁵⁴ SAP Alicante de 02 de noviembre de 2000 (JUR 2001/46609).

⁸⁵⁵ El artículo 81 del CC italiano prescribe que “*la promessa di matrimonio fatta vicendevolmente per atto pubblico o per scrittura privata da una persona maggiore di età o dal minore ammesso a contrarre matrimonio a norma dell'art. 84, oppure risultante dalla richiesta della pubblicazione, obbliga il promittente che senza giusto motivo ricusi di eseguirla a risarcire il danno cagionato all'altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella promessa. Il danno è risarcito entro il limite in cui le spese e le obbligazioni corrispondono alla condizione delle parti. Lo stesso risarcimento è dovuto dal promittente che con la propria colpa ha dato giusto motivo al rifiuto dell'altro. La domanda non è proponibile dopo un anno dal giorno del rifiuto di celebrare il matrimonio*”.

⁸⁵⁶ Así, el § 1298 BGB prescribe: “(1) El prometido que desista de los esponsales deberá indemnizar al otro desposado y a los padres de éste, así como a terceras personas que hayan actuado en lugar de los padres, los daños ocasionados por los gastos incurridos u obligaciones contraídas por causa del matrimonio prometido. Deberá indemnizar asimismo al otro esponsal los gastos incurridos por éste a causa de las medidas que hubiere tomado respecto de su patrimonio o de su situación profesional como consecuencia de las expectativas del futuro matrimonio. (2) Los daños ocasionados debe indemnizarse en la medida en que los gastos incurridos, las obligaciones contraídas y las demás medidas tomadas resultaren proporcionales a las circunstancias de cada caso. (3) No habrá obligación de indemnización cuando exista una razón sustancial para el desistimiento” (cfr., EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado*. BGB, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 1998, p. 405).

⁸⁵⁷ El artículo 1594 del CC portugués señala que “(1) *Se algum dos contraentes romper a promessa sem justo motivo ou, por culpa sua, der lugar a que outro se retracte, deve indemnizar o esposado inocente, bem como os pais deste ou terceiros que tenham agido em nome dos pais, quer das despesas feitas, quer das obrigações contraída na previsão do casamento. (2) Igual indemnização é devida, quando o casamento não se realize por motivo de incapacidade de algum dos contraentes, se ele ou os seus representantes houverem procedido com dolo. (3) A indemnização é fixada segundo o prudente arbítrio do tribunal, devendo atender-se, no seu cálculo, não só à medida em que as despesas e obrigações se mostre razoáveis, perante as circunstâncias do caso e a condição dos contraentes, mas também às vantagens que, independentemente do casamento, umas e outras possam ainda proporcionar*”.

⁸⁵⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 473.

Cabe señalar que esta problemática también existe en aquellos ordenamientos en que no se regula la promesa patrimonial, como en el francés, que ha llenado este vacío acudiendo al estatuto de la responsabilidad extracontractual (artículos 1382 y ss. del *Code*) En este caso, la acción indemnizatoria tiene su origen en el daño causado y en la obligación de resarcirlo, pero no en el desistimiento de la promesa, debiendo probarse la culpa del demandado, cuestión que la jurisprudencia entiende que concurre cuando no se ha cumplido con la cortesía y respeto que se debe al otro, realizando una ruptura de forma incorrecta, injuriosa o brutal, o inspirada en motivos ilegítimos, como consideraciones de fortuna, raza, etc.⁸⁵⁹. Dada la aplicación del estatuto de la responsabilidad extracontractual, la víctima puede obtener la reparación íntegra de los daños materiales y morales.

Volviendo al caso español, es importante dejar en claro que la obligación reparatoria que consagra el artículo 43.1 CC no es una hipótesis de daño antijurídico: la no ejecución de la promesa, por sí sola, no puede ni debe ser considerada un hecho “ilícito” ni “antijurídico” que pueda imputarse a culpa del promitente que se retracta, sino que, por el contrario, se trata de un acto plenamente lícito⁸⁶⁰, aunque sea sin causa, dada la vigencia del principio de libertad nupcial. Otra cosa es que si es realizada “sin causa” genere la obligación de reparar unos limitados gastos y obligaciones contraídas, que, aun así, siguen siendo daños lícitos⁸⁶¹.

Sobre el tema, la doctrina española se encuentra dividida sobre la calificación jurídica de la acción ex artículo 43 CC: ¿es una acción indemnizatoria o se trata de una acción de reembolso?

⁸⁵⁹ BENAVENT, A., *Droit Civil. La famille*, troisième édition, Litec, Paris, 1988, pp. 24 y 25; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Un estudio de la promesa de matrimonio en el Derecho francés, desde Pothier hasta nuestros días”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°10 (2008), pp. 72 y ss.; VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, p. 51.

⁸⁶⁰ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 237; BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 278; BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 111; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 473; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 141; VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, pp. 60 y 65.

⁸⁶¹ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, p. 60.

DELGADO ECHEVERRÍA y GARCÍA RUBIO indican que estamos en presencia de una acción indemnizatoria, ya que el contenido de la obligación no es el reembolso de los gastos sino el resarcimiento, es decir, la indemnización consistente por el daño consistente en que ahora los gastos hechos o las obligaciones contraídas son inútiles, y en la medida que lo sean⁸⁶².

BADOSA COLL⁸⁶³, RAGEL SÁNCHEZ⁸⁶⁴ y CARRIÓN OLMOS⁸⁶⁵, entre otros, califican esta acción como de “reembolso”, ya que no se trata de una indemnización en sentido técnico: no hay ilicitud porque no hay culpa ni tampoco daños, porque la ley habla de “gastos”.

Nosotros, en este caso, frente a la expresión “resarcimiento” que utiliza el legislador, preferimos hablar de “reparación”, dado el carácter genérico de este concepto⁸⁶⁶ –que comprende todas las formas de liberar o compensar al perjudicado, de enmendar, corregir o remediar un daño– y, además, porque tal concepto evidencia el contenido de la prestación a que tiene derecho el perjudicado en el segundo de los supuestos: una “compensación” para restablecer el equilibrio roto por el daño⁸⁶⁷. Por otro lado, la expresión “resarcir” resulta una expresión ambigua, pues en unas ocasiones se le atribuye un significado equivalente a reparar y en otras se emplea como sinónimo de indemnizar, en el estricto sentido específico de reparación mediante equivalente pecuniario, que pareciera ser la correcta, por su carácter específico y restringido⁸⁶⁸.

Por otro lado, no hablamos de reembolso porque no hay una devolución pura o simple del importe del gasto o de la obligación respectiva, sino que, por el contrario, debe evaluarse si aquéllos, por la frustración del matrimonio prometido, se tornaron inútiles o estériles⁸⁶⁹. Con lo cual deberían restarse de

⁸⁶² DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56; GARCÍA RUBIO, M.P., en “Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996”, en *CCJC*, N°43 (1997), p. 408.

⁸⁶³ BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 112.

⁸⁶⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *op. cit.*, p. 58

⁸⁶⁵ CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 140.

⁸⁶⁶ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 8.

⁸⁶⁷ *Ídem*.

⁸⁶⁸ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 9; DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 822 y 823.

⁸⁶⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 478.

aquéllos las utilidades que el titular de la acción pudiese obtener al margen de la realización del matrimonio⁸⁷⁰, como lo serían la diferencia del precio de compra con el de reventa⁸⁷¹.

Efectuada la precisión anterior, conviene preguntarse por qué de un acto lícito –el no contraer matrimonio– emana una obligación reparatoria – la de “resarcir” ciertos gastos y obligaciones–. Tomando como referencia el artículo 1902 CC, por el cual la ilicitud del comportamiento lesivo determina el nacimiento de la obligación indemnizatoria, se señala que el artículo 43 CC era necesario para poder obtener una reparación que no podía obtenerse de otro modo: sólo por una declaración expresa de ley se consigue calificar, a efectos patrimoniales, como ilícito lo que en otro plano es lícito⁸⁷². Y, en este entendido, se califica como “obligación legal” a la contenida en el artículo 43.1 CC⁸⁷³. SANCHO REBULLIDA lo declara así: “fuente de esta obligación, repito, es la ley, que, por razones de equidad, exige como presupuesto dos conductas: la de ambos promitentes, acreditada de modo fehaciente....; y la de uno de ellos, que se estima incorrecta por lo que afecta a las consecuencias patrimoniales que produce, al propio tiempo que se estima por entero correcta en cuanto a no cumplir lo prometido, es decir, a no contraer el matrimonio objeto de la promesa. Para armonizar esta doble calificación de una conducta correcta y, a la vez, incorrecta, a efectos diferentes, se hacía necesaria la expresa declaración de la ley... Se trata de una obligación que no sería exigible –en los términos que ha establecido el legislador– ni por la vía de las obligaciones contractuales, ni por el camino de la culpa extracontractual (artículo 1902 CC).

⁸⁷⁰ BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 112; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 143; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, pp. 41 y 42.

⁸⁷¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 478.

⁸⁷² SANCHO REBULLIDA, F., “Artículos 43 y 44”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director Manuel Albaladejo), tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pp. 31 y 33. Si bien este comentario lo fue con anterioridad a la reforma del año 1981, su virtualidad se mantiene hasta el día de hoy, ya que no se varió la estructura de la institución en este extremo. En el mismo sentido, BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 112; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 473.

⁸⁷³ SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 33; LUNA SERRANO, A., “La contracción del matrimonio”, en LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *El nuevo régimen de la familia. I. La transformación del Derecho de Familia y la formación del jurista. Matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982, p. 56; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 473. También entendemos que la comprende así BUSTO LAGO al sostener que “... el incumplimiento de la promesa de matrimonio, aún sin mediar justa causa, se configura como una conducta lícita a la que la norma –artículo 43 CC– expresamente le anuda la obligación indemnizatoria de determinados daños que son consecuencia de la misma” (BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 278).

Este segundo camino no sería el adecuado, pues no cabría estimar (sin una expresa declaración de la ley) como hecho ilícito la ruptura injustificada de los esponsales. Sólo por virtud de la expresa declaración de la ley se consigue calificar como ilícito y como correcto el comportamiento del obligado a resarcir. Esta calificación es obra de la ley que logra superar la aparente contradicción al dejar bien claramente establecido que el proceder correcto de un efecto (la no celebración del matrimonio) no lo es respecto al otro que la ley contempla: el perjuicio patrimonial sufrido por la otra parte⁸⁷⁴.

Ahora bien: ¿cuál es la naturaleza jurídica de la obligación ex artículo 43 CC? Se han planteado varias respuestas, que pasamos a exponer⁸⁷⁵.

2.1.1.- Tesis del empobrecimiento injusto

La protección de la expectativa, centrada en la frustración de la confianza de una parte y, de otra, excluida toda otra vía indemnizatoria, sólo puede lograrse mediante el “reembolso” de ciertos “gastos”, impropriamente calificados en el artículo 43.1 CC como “resarcimiento”⁸⁷⁶. En efecto, mientras la indemnización o resarcimiento se apoyan en la ilicitud del acto, el “reembolso” se funda en un empobrecimiento jurídicamente repercutible en una persona distinta de quien lo sufre, desplazamiento que se justifica por haber sufrido por su causa⁸⁷⁷.

En este entendido, se afirma que tal protección de la confianza se conecta con la idea de empobrecimiento injustificado⁸⁷⁸, constatándose la existencia de un pasivo generado en una persona por una finalidad que interesó a otro⁸⁷⁹, lo que bastaría para desplazarlo al legitimado pasivo de la acción⁸⁸⁰.

⁸⁷⁴ SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 33.

⁸⁷⁵ Una síntesis de las diversas respuestas doctrinarias puede examinarse en ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, volumen IV, Familia, octava edición, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984, pp. 15 y 16; y en BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., pp. 265 y ss.

⁸⁷⁶ BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 112.

⁸⁷⁷ *Ídem*.

⁸⁷⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV. Derecho de familia*, décima edición, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 37.

⁸⁷⁹ CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 141.

⁸⁸⁰ BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 112; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 141.

Se sostiene que tanto la extensión objetiva como los presupuestos de la acción del artículo 43 CC parecen coincidir con la formulación jurisprudencial de la acción de enriquecimiento sin causa, por lo que estaríamos en presencia de un supuesto de enriquecimiento injusto previsto legalmente⁸⁸¹. Lo cual sería coincidente con el postulado conforme al cual el enriquecimiento injusto es fuente las obligaciones en su calidad de principio general del Derecho⁸⁸².

Por otro lado, el hecho de que el incumplimiento de la promesa de matrimonio no se considere como un acto ilícito o antijurídico no constituye obstáculo para la consideración de enriquecimiento injusto, por cuanto el nacimiento de la obligación no se funda en la comisión de un acto ilícito⁸⁸³.

Sin embargo, esta tesis ha sido criticada desde un doble aspecto. En primer lugar, respecto de los defensores de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa –conforme a la cual sólo cabe acudir a ella cuando el demandante no pueda utilizar cualquier otra acción para hacer valer su derecho⁸⁸⁴–, se puede señalar que el artículo 43 CC constituye una fuente autónoma de obligaciones, con sus presupuestos, ámbito y alcance perfectamente determinados⁸⁸⁵. En segundo lugar, como consecuencia del ejercicio de la acción, se puede obtener el reembolso de ciertos gastos que no producen ningún enriquecimiento en el patrimonio de quien incumplió la promesa (por ejemplo, gastos de preparación de la ceremonia nupcial), no obstante que un importante sector doctrinario y jurisprudencial exige como presupuesto de la acción de enriquecimiento injusto la existencia de un desplazamiento patrimonial que produce un empobrecimiento como consecuencia de un correlativo enriquecimiento patrimonial, de forma que el enriquecido no está obligado a reparar el daño sino en la medida que se haya

⁸⁸¹ BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 266.

⁸⁸² HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid, 1983, p. 216.

⁸⁸³ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 101 y 102; HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 263; BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 267.

⁸⁸⁴ La discusión puede verse en ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, tercera edición, Editorial Comares, Granada, 1993, pp. 116 y ss.; SANTOS BRIZ, J., "Artículo 1887", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director Manuel Albaladejo), tomo XXIV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 21 y ss.; BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F., "Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual", en *AFDUDC*, 1997, pp. 163 y ss.

⁸⁸⁵ BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 267.

enriquecido: “sin enriquecimiento actual falta la legitimación pasiva para la acción”⁸⁸⁶. Si no existe una ventaja patrimonial para la persona del enriquecido, falta uno de los presupuestos de la acción en comento⁸⁸⁷, por lo que ésta no puede calificarse como una acción de enriquecimiento injusto⁸⁸⁸.

2.1.2.- Tesis de la responsabilidad civil por culpa *in contrahendo*

Anunciada la problemática en su minuto por ALONSO PÉREZ en su célebre y visionario artículo “La responsabilidad precontractual”⁸⁸⁹, se plantea la semejanza entre la responsabilidad derivada de la ruptura de los tratos preliminares con la obligación reglamentada en el artículo 43 CC. Incluso, algunos encuadran al daño sufrido por la ruptura de la promesa matrimonial en la categoría de los daños *in contrahendo*⁸⁹⁰. Se dice, así, que la obligación de indemnizar del artículo 43 del Código civil tiene naturaleza precontractual, su génesis está en la violación de la buena fe *in contrahendo* y su razón de ser en el *iter* preparatorio o formativo del negocio jurídico matrimonial⁸⁹¹.

El planteamiento sería el siguiente: si los esponsales no pueden ser considerados en sí mismos como un instrumento aislado del matrimonio, del cual constituyen su lógico presupuesto, la promesa de matrimonio no se diferencia, desde la perspectiva jurídica, de los tratos preliminares, de forma que si cuando éstos asumen una particular seriedad y hacen surgir una razonable confianza en la contraparte de que el negocio jurídico de que se trata va a concluirse, no pueden interrumpirse de forma arbitraria e injustificada y, si ello ocurre, surge una obligación indemnizatoria, de igual forma el

⁸⁸⁶ NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934, p. 107.

⁸⁸⁷ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *op. cit.*, p. 83; SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1887...*, p. 28.

⁸⁸⁸ BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, p. 268.

⁸⁸⁹ ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, en *RCDI*, N°485 (1971), pp. 875 y ss.

⁸⁹⁰ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 436.

⁸⁹¹ ALONSO PÉREZ, M., *La responsabilidad...*, cit., pp. 877 y 878. Debe destacarse que respecto de la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio, RAGEL SÁNCHEZ señala que su naturaleza es contractual, como la del precontrato (RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *op. cit.*, p. 58).

incumplimiento sin causa de la promesa matrimonial generará una responsabilidad del mismo tipo⁸⁹².

Se advierte que con esta interpretación se permite considerar a la indemnización en comento como un supuesto específico de responsabilidad civil extracontractual, dada la naturaleza extracontractual de la culpa *in contrahendo* admitida por la mayoría doctrinaria⁸⁹³, no obstante constituir un acto lícito el incumplimiento de los esponsales⁸⁹⁴.

No obstante, se afirma que no es posible situar en el mismo plano la ruptura sin causa de los tratos preliminares y el incumplimiento injustificado de la promesa matrimonial. Así, mal puede hablarse de responsabilidad precontractual si el matrimonio no implica un *contrahere*, es decir, un comprometerse para originar obligaciones de índole patrimonial⁸⁹⁵. Asimismo, la reparación debida por el incumplimiento de la promesa matrimonial está determinada por una norma expresa, no existiendo ningún precepto similar respecto de la ruptura de la actividad prenegocial⁸⁹⁶. También, los tratos preliminares constituyen una fase dinámica de la formación de un negocio jurídico contractual, mientras que la promesa de matrimonio representa la manifestación de un intento ya definitivo de contraer matrimonio⁸⁹⁷.

Por lo anterior, se sostiene que en el período anterior a la celebración del matrimonio no surge la obligación de comportarse conforme a las exigencias propias de la buena fe, ya que tal fase preparatoria no asume el significado propio de los tratos preliminares por cuanto falta una oposición entre los respectivos intereses de las partes⁸⁹⁸.

⁸⁹² BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 269.

⁸⁹³ Entre varios, la discusión puede examinarse en MEDINA ALCOZ, M., "La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual", en *RDP*, N°5-6 (2005), VLEX-289829, disponible en www.vlex.com (visita 03 mayo 2015), pp. 8 y ss.

⁸⁹⁴ BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 269.

⁸⁹⁵ ALONSO PÉREZ, M., *La responsabilidad...*, cit., p. 876.

⁸⁹⁶ BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 270.

⁸⁹⁷ *Ídem*.

⁸⁹⁸ TUCCI, G., *op. cit.*, nota 25, p. 237; ALONSO PÉREZ, M., *La responsabilidad...*, cit., p. 872 y 873; BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 270.

En todo caso, reconociéndose que el principio de buena fe vincula a los prometidos en matrimonio, estas normas adquieren un específico contenido en relación con la peculiar naturaleza jurídica del matrimonio, de forma que ésta excluye la violación de tales reglas de conducta en el caso de incumplimiento de dicha promesa, por cuanto tal incumplimiento, incluso sin causa, responde a la exigencia de que el consentimiento matrimonial no venga coartado en absoluto por una declaración de voluntad precedente, puesto que en el momento de la celebración del matrimonio el consentimiento debe ser plenamente libre⁸⁹⁹.

2.1.3.- Tesis del incumplimiento de la promesa de matrimonio como generador de responsabilidad civil obligacional limitada

Emana de la posición doctrinaria que afirma que la promesa matrimonial constituye un contrato⁹⁰⁰. Según los estudios comparativos de PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS a la obra de KIPP y WOLFF⁹⁰¹, los esponsales, siendo producto de la confluencia de dos voluntades sobre el futuro matrimonio, evidentemente constituyen un contrato, ya que su esencia radica en la promesa recíproca de contraer matrimonio, debiendo estar sujetos a los principios generales del Código Civil sobre la contratación y en especial sobre los contratos bilaterales. Señalan que el hecho de que la promesa de matrimonio no produzca todos los efectos propios de un contrato (ante lo cual le reconocen una obligatoriedad “meramente hipotética”) y que no engendren acción judicial para pedir su cumplimiento, no impiden a que pueda ser considerado como tal. Exponen que, estando autorizada por la ley la posibilidad de negarse a celebrar el matrimonio, no puede ser considerado un acto ilícito, rechazando con ello cualquier teoría de responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, la

⁸⁹⁹ TUCCI, G., *op. cit.*, nota 25, p. 237. También niega la culpa *in contrahendo* GARCÍA RUBIO, M.P., *Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996...*, cit., p. 408.

⁹⁰⁰ La tesis más antigua y extendida en la doctrina según DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 47. Hay autores que prefieren hablar de “negocio jurídico familiar” (GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 43).

⁹⁰¹ *Derecho de Familia. Volumen I, El matrimonio*, segunda edición, traducción de la vigésima edición alemana (sexta revisión) con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por JOSÉ PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, en ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, cuarto tomo, Derecho de Familia I, Bosch, Barcelona, 1953, pp. 33 y 34, cuyas ideas, pese a las reformas efectuadas, no alteran la sustantividad de las normas que comentamos.

limitada responsabilidad que contempla el artículo 43 CC –que genera una obligación meramente hipotética– tiene su fundamento en la violación de un contrato, siquiera a éste no se le reconozca su eficacia jurídica en cuanto al fin principal, o sea, la celebración del matrimonio.

Frente a lo expuesto, un importante sector doctrinario⁹⁰² rechaza cualquier naturaleza jurídica, contractual, precontractual o de negocio jurídico de Derecho de familia de la promesa de matrimonio, fundados en que aquella no produce obligación de contraerlo, faltando el deber contractual primario cuyo incumplimiento permite la indemnización de daños. La fuerza vinculante del contrato no es un efecto eventual que pueda faltar sin dejar de ser contrato, sino la esencia del mismo, por lo que el reconocimiento de que la obligatoriedad de los esponsales es “meramente hipotética” priva de vigor a la tesis contractualista⁹⁰³. La propia disciplina de la institución no es conciliable con una autorregulación de intereses obligatoria entre las partes que permita calificar la promesa matrimonial como un verdadero y propio negocio jurídico, atendida la ausencia de obligatoriedad de la misma⁹⁰⁴.

Más aún, todo incumplimiento del “hipotético” deber de contraer matrimonio daría lugar a la indemnización, cuestión que, conforme previene el artículo 43 CC, es imposible de admitir, porque sólo el “incumplimiento sin causa” da origen a la obligación de resarcir. Es más, no se compensa todo el interés contractual positivo ni negativo, sino unas determinadas partidas: los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido⁹⁰⁵.

Se agrega que de seguir la tesis contractualista de la promesa de matrimonio, tendríamos que entender que el artículo 43 CC, atendido el supuesto vínculo contractual existente entre los prometidos, contemplaría un caso de responsabilidad civil contractual atípica, ya que a diferencia de lo previsto en

⁹⁰² SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, pp. 30 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 47; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Derecho de familia, décima edición, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 63 y 64.

⁹⁰³ SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, pp. 31 y 32.

⁹⁰⁴ En este sentido, TUCCI, G., *op. cit.*, p. 236.

⁹⁰⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, pp. 47 y 48.

los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, que obligan a resarcir el daño emergente y lucro cesante –y también el daño moral por aplicación extensiva del artículo 1902 CC – , la disposición en estudio sólo obliga a resarcir ciertas y determinadas obligaciones y gastos⁹⁰⁶.

Además de lo anterior, de la celebración de los esponsales no surge ningún derecho subjetivo para las partes y, consecuentemente, tampoco nace la correlativa obligación; de lo cual se concluye que no pueden requerirse recíprocamente el cumplimiento de lo pactado y solicitar, en caso de incumplimiento, el interés positivo, ya que carecen de acción para pedir que se les coloque en la misma situación en la que estarían de haberse cumplido lo pactado, es decir, de haber celebrado el matrimonio proyectado⁹⁰⁷.

2.1.4.- Tesis de la responsabilidad civil extracontractual

Para que surja una obligación indemnizatoria a título de responsabilidad civil extracontractual, es menester la existencia de un acto ilícito o antijurídico. Por ello, como no puede calificarse de ilícita la negativa a contraer matrimonio en virtud del incumplimiento de la promesa respectiva, se ha negado este carácter en la doctrina española⁹⁰⁸. La presencia o ausencia de causa del incumplimiento no altera la calificación de lícito del comportamiento del promitente, cuya conducta está expresamente garantizada por el ordenamiento, siendo sólo relevante a efectos de determinar la existencia de la obligación reparatoria⁹⁰⁹.

Quizás una tesis así podríamos aceptarla en el sistema italiano y en su concepción del *danno ingiusto*, por el cual se ha sostenido que la responsabilidad derivada de un acto lícito legal no es excepcional en la *ratio* del instituto de la responsabilidad civil⁹¹⁰, dado que ésta es principalmente una

⁹⁰⁶ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, nota 102, p. 63.

⁹⁰⁷ BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 273.

⁹⁰⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, B. y CASTÁN TOBEÑAS, J. en KIPP, T. Y WOLFF, M., *op. cit.*, p. 33; GARCÍA RUBIO, M.P., *Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996...*, cit., p. 410; BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 273.

⁹⁰⁹ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 237.

⁹¹⁰ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263; PERLINGIERI, P., *op. cit.*, p. 1079.

reacción al daño injusto, entendiéndolo por tal a aquél que se sustenta en la lesión de un interés del dañado tutelado por el ordenamiento, lo que incluso puede acontecer cuando el acto del cual emane sea lícito⁹¹¹. Pero este carácter del incumplimiento de los esponsales –con una regulación similar al artículo 43 CC en el artículo 81 del *Codice*– ha sido expresamente rechazado incluso por los autores que señalan a éstos como una aplicación del principio general imperante de la responsabilidad civil extracontractual, puesto que, por un lado, hacen inaplicable de manera supletoria tal estatuto ante el desistimiento sin justa causa de la promesa matrimonial por conducir a conclusiones erróneas y, por otro, sería inconsecuente la limitación de la obligación “resarcitoria” por el incumplimiento frente al principio de reparación integral del daño⁹¹².

Esta posibilidad se rechaza, precisamente, porque no existe ilicitud del comportamiento dañoso, siendo aquélla el presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual⁹¹³. No es óbice para esta conclusión el hecho de que en la jurisprudencia francesa la reparación de los daños ocasionados por la ruptura de la promesa matrimonial se conduzcan por el estatuto de la responsabilidad aquiliana, ya que en el sistema galo no se encuentra reglamentado el contrato de esponsales, como en España e Italia, y el acento se pone en la existencia de una *faute* en la ruptura y no en la ruptura en sí misma⁹¹⁴.

Por otro lado, no puede extraerse ningún reproche culpabilístico en la libre decisión de no contraer matrimonio, pese a la promesa, como lo explicita el TS en su sentencia 16 de diciembre de 1996⁹¹⁵. Ello porque, por definición, no cabe hablar de “culpa” en el incumplimiento de la promesa, cualquiera que sea la circunstancia que lleve a él⁹¹⁶.

Ahora bien, una cosa completamente distinta es analizar la posibilidad de reparar otros daños no contemplados en el artículo 43 CC y conducir su

⁹¹¹ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 264; MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 159.

⁹¹² BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 277.

⁹¹³ BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., pp. 275 y 276.

⁹¹⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.A., *op. cit.*, pp. 72 y ss.

⁹¹⁵ *Cfr.* GARCÍA RUBIO, M.P., *Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996...*, cit., pp. 401 y ss.

⁹¹⁶ CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 138. En el mismo sentido, BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 111; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 476.

reclamación a través de las normas de la responsabilidad civil extracontractual. Pero tales daños, en caso de admitirse tal alternativa, ciertamente están fuera del radio de acción de la norma en estudio y no son capaces de transmitir su calificación al incumplimiento ex artículo 43 CC⁹¹⁷, como veremos resumidamente más adelante.

2.1.5.- Tesis del daño no antijurídico que genera la obligación de indemnizar

Partiendo de la base de que el supuesto en estudio es uno de aquellos en que una obligación indemnizatoria coexiste con la no antijuridicidad del daño que se repara⁹¹⁸, no puede hablarse de responsabilidad civil, ya que ésta exige la antijuridicidad o ilicitud del daño. Bien es sabido que el daño jurídicamente relevante no se agota en el daño antijurídico o injusto, que genera a cargo del agente la obligación de indemnizar y que se cualifica por ser causado mediante la transgresión de un vínculo jurídico⁹¹⁹. Pero éste es sólo una especie de aquél, ya que existen otros daños que se caracterizan por generar a cargo del dañador una obligación diversa a la resarcitoria⁹²⁰.

En el supuesto de incumplimiento de la promesa matrimonial, en virtud del artículo 43 CC, nos encontramos con una norma expresa que pretende tutelar la plena libertad de cambiar de opinión de los promitentes, estableciendo las consecuencias que pudiere tener dicho incumplimiento en el orden patrimonial. En otras palabras, el incumplimiento de la promesa, aún sin causa alguna, se configura como un comportamiento lícito al que una expresa norma legal le ha enlazado una obligación reparatoria de determinados daños⁹²¹.

En este entendido, estamos en presencia de una obligación legal que, de conformidad al artículo 1090 CC, no se presumen y se rigen por los preceptos de la ley que los ha establecido y, en lo no previsto por ésta, por las

⁹¹⁷ Un completo y descriptivo análisis de la problemática puede examinarse en VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, pp. 75 y ss.

⁹¹⁸ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 435.

⁹¹⁹ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166.

⁹²⁰ *Ídem*.

⁹²¹ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 237.

disposiciones del Libro IV CC⁹²². Así, en palabras de SANCHO REBULLIDA, “... para el régimen legal de nuestro CC es más satisfactoria, es decir, más ajustada a ese régimen la doctrina que funda en la ley, y no en el contrato sponsalicio, la obligación de resarcir los gastos”⁹²³.

Se trataría de uno de esos supuestos en que el ordenamiento jurídico admite la producción del daño pero le pone precio⁹²⁴. En este caso, ello ocurre porque el Derecho considera que ciertos intereses son dignos de prevalecer, estableciendo las consecuencias jurídicas destinadas a compensar al titular del interés sacrificado, generalmente a través de una obligación reparatoria⁹²⁵.

2.2.- Fundamento de la obligación reparatoria del artículo 43 CC

Un sector importante de la doctrina española⁹²⁶ encuentra el fundamento de la obligación “resarcitoria” del artículo 43 CC en la “responsabilidad por defraudación de la confianza razonablemente depositada”. Si uno de los prometidos realizó gastos que de otro modo no habría hecho en razón de confiar en la celebración de un matrimonio futuro y esta confianza legítima es defraudada gravemente, el Derecho pone de cargo de quien defraudó la confianza la reparación de tales gastos. “Hay aquí elemento de ilicitud, que no reside en la negativa a celebrar matrimonio, sino en hacer inútiles –y por tanto dañosos– unos gastos que sólo se han hecho en la confianza de que no se romperá arbitrariamente la promesa”⁹²⁷.

Sin embargo, con razón a nuestro juicio, se ha sostenido que dicha confianza no es razón suficiente para sostener una “responsabilidad por defraudación de la confianza razonablemente depositada”, ya que fundar tal responsabilidad en

⁹²² BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 277.

⁹²³ SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 31. En el mismo sentido de considerarlo obligación *ex lege* en el ordenamiento italiano, entre varios, JEMOLO, A.C., *El matrimonio* (traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO Y MARINO AYERRA REDIN), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pp. 72 y 73.

⁹²⁴ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

⁹²⁵ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166.

⁹²⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, pp. 49 y 50; BADOSA COLL, F., *op. cit.*, pp. 112 y 113; GARCÍA RUBIO, M.P., *Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996...*, p. 408; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, pp. 140 y ss.

⁹²⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, pp. 49.

el señalado vínculo de confianza implicaría reconocer, veladamente, la existencia de efectos personales que son inexistentes en la promesa matrimonial e impropios de una figura que no produce obligación jurídica alguna⁹²⁸.

Por ello, nos parece más adecuado a la figura en estudio fincar su fundamento en la equidad. Así se ha declarado que lo que justifica la obligación de resarcir es la ley, que por razones de “equidad” estima como incorrecta la conducta de uno de los prometidos, sólo con fines patrimoniales, al proceder a la ruptura de los esponsales sin justa causa, comportamiento que desde el punto de vista de la libertad nupcial es plenamente correcto⁹²⁹.

En sentido similar se ha planteado la doctrina italiana, en donde se asevera que la opinión más difundida sobre el fundamento de la obligación reparatoria en comento se encontraría en constituir una obligación *ex lege*, extraña al sistema general del Derecho, impuesta en el caso particular por razones de equidad, por contemplar exigencias sociales diversas y contradictorias⁹³⁰. Por ello, BETTI ha caracterizado a ciertas obligaciones, como la que nos ocupa, como una de aquellas en que la ley anuda a una situación de hecho que es capaz de engendrar un contacto social entre dos esferas de intereses, en que la eficacia obligatoria encuentra su razón suficiente en exigencias de equidad distributiva o de reparación del daño que la conciencia social moderna advierte en medida cada día mayor⁹³¹.

Y así, con DE CUPIS (refiriéndose a la revocación de la propuesta de contrato en el ordenamiento italiano), podemos afirmar que “siempre es eficaz y lícita la revocación, por constituir el ejercicio de un poder jurídico eficaz y además lícito; pero “aun con ello”, es decir, pese a esta licitud, concurriendo determinadas condiciones (buena fe inicial en la ejecución del contrato, por parte del

⁹²⁸ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, p. 64.

⁹²⁹ SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 33.

⁹³⁰ JEMOLO, A.C., *op. cit.*, pp. 72 y 73; GANGI, C., *Derecho matrimonial* (traducción del italiano de MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ), Aguilar, Madrid, 1960, p. 53.

⁹³¹ BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones* (traducción y notas de Derecho español por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS), tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pp. 110 a 118.

aceptante, antes de haber tenido conocimiento de la revocación), el daño debe ser resarcido para equilibrar el sacrificio del interés del aceptante, que ha visto desaparecer la conclusión del contrato y que por confiar en ella, había emprendido su ejecución”⁹³².

Por lo tanto, la equidad es el fundamento de esta obligación reparatoria, cuyo objeto es equilibrar la posición jurídica del titular del interés sacrificado por la preeminencia del interés privilegiado por el ordenamiento. “La equidad exige que la libertad de ruptura de esponsales tenga en ciertas condiciones un correctivo en la obligación de resarcimiento; pero este correctivo no debe llegar a ser exorbitante alcanzando unas proporciones excesivamente amplias. Sería muy mal garantizada aquella libertad si su ejercicio pudiese originar una obligación de resarcimiento íntegro del daño. Ello se produciría si en la consideración del daño a resarcir se diese entrada a las ocasiones perdidas de contraer otros matrimonios, pues que en tal caso, el resarcimiento llegaría a alcanzar proporciones tales que lo harían excesivo, con lo que se conciliaría pésimamente con la libertad de ruptura de los esponsales”⁹³³.

2.3.- Extensión de la obligación reparatoria del artículo 43 CC

El artículo 43.1 señala que el incumplimiento de la promesa de matrimonio “sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”. Puede apreciarse, a primera vista, que se trata de una reparación limitada⁹³⁴, ya que se trata de una “responsabilidad tasada por la ley, que quiere evitar abusos, especulaciones y cuanto pueda significar coacción para celebrar el matrimonio”⁹³⁵. Se habla de que esta reparación no se extiende al interés contractual positivo y tampoco a la totalidad del interés negativo⁹³⁶. Todo lo cual se fundamenta en la complejidad de esta institución y en la singularidad de

⁹³² DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 95.

⁹³³ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 437.

⁹³⁴ Entre varios, SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 38; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 41; ESPÍN CÁNOVAS, D., *op. cit.*, p. 15; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, pp. 140 y ss.

⁹³⁵ SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 38.

⁹³⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 144; BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., nota 7, p. 263.

las consecuencias del incumplimiento, que pretende armonizar, por un lado, la libertad para contraer matrimonio y, por otro, el interés del promitente que ejecutó ciertos gastos o contrajo determinadas obligaciones en la confianza de celebrar el matrimonio prometido.

A efectos de determinar la extensión de esta obligación reparatoria, conviene referirse a dos aspectos: las consecuencias patrimoniales que considera “resarcibles” el legislador y, además, si cabe la reparación de daños distintos a los señalados por la norma.

En relación al primer extremo, el artículo 43 CC dispone el “resarcimiento” de los “gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio”. Se entienden por tales a los sacrificios patrimoniales voluntarios que se hubieren omitido de haberse previsto la ruptura de la promesa⁹³⁷, es decir, que se encuentren en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado⁹³⁸. Asimismo, es menester que se hubieren efectuado con posterioridad a la promesa de matrimonio y no con anterioridad, debido a que su justificación únicamente se encuentra en el matrimonio prometido⁹³⁹. Al capítulo de gastos se reconducen los desembolsos ya realizados y al de obligaciones las deudas todavía no satisfechas.⁹⁴⁰

Se han señalado como ejemplos de “gastos” de esta naturaleza los legales de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, los de obtención de documentos para el expediente matrimonial, las adquisiciones al contado del mobiliario, vivienda, traje de boda, de la fiesta matrimonial, alquiler de un piso, adquisición de ajuar, etc.⁹⁴¹ Serían “obligaciones” de este tipo las compras con precio aplazado, incluyendo los gastos ocasionados por las garantías exigidas y los intereses que se hayan devengado⁹⁴².

⁹³⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56.

⁹³⁸ GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 41.

⁹³⁹ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, p. 70.

⁹⁴⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 478.

⁹⁴¹ GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 41; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56; SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 38.

⁹⁴² GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 41.

Por el contrario, no son “resarcibles” las obligaciones que se contrajeron condicionadas a la existencia del matrimonio o que pueden resolverse sin perjuicio para el esposo que las asumió⁹⁴³; las aportaciones económicas a la vida en común cuando los prometidos forman un hogar antes del matrimonio; los gastos de embarazo y parto de la mujer, porque aun sin matrimonio igual deben efectuarse⁹⁴⁴.

Se ha puesto énfasis en que, ante todo, deben existir tales gastos y tales obligaciones. Si éstos no existieron, aunque la promesa haya sido rota sin causa, nada hay que compensar⁹⁴⁵. Asimismo, la jurisprudencia ha sido rigurosa con la prueba de la relación de causa-efecto entre la promesa y los gastos realizados⁹⁴⁶, ya que éstos han tenido lugar sólo porque se formuló la promesa⁹⁴⁷. La prueba de la finalidad de los gastos y obligaciones contraídas será de cargo de quien demande su compensación⁹⁴⁸.

Relacionada con la relación de causalidad antes mencionada y como antes expusimos, se indica que la compensación de los conceptos indicados por el artículo 43 CC sólo tendría lugar cuando los gastos y obligaciones se tornen inútiles o estériles⁹⁴⁹. Con lo cual deberían restarse de aquéllos las utilidades que el titular de la acción pudiese obtener al margen de la realización del matrimonio⁹⁵⁰, como lo serían la diferencia del precio de compra con el de reventa⁹⁵¹. Así, se ha excluido de la debida reparación los gastos derivados de un peinado de prueba de la novia consistente en “recogido, maquillaje y mechas”, ya que “con independencia del proyecto matrimonial el gasto tuvo su utilidad”⁹⁵².

⁹⁴³ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 64.

⁹⁴⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56.]

⁹⁴⁵ En este sentido, SAP Barcelona de 17 de enero de 2000 (AC 2000/1134), donde la mujer confesó “que no ha tenido gastos en relación al matrimonio”.

⁹⁴⁶ En este sentido, la comentada STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020). También, la SAP de Teruel de 21 de diciembre de 2000 (JUR 2001/66878).

⁹⁴⁷ CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 143.

⁹⁴⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 478.

⁹⁴⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 478.

⁹⁵⁰ BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 112; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 143; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, pp. 41 y 42.

⁹⁵¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 478.

⁹⁵² SAP de Toledo de 03 de abril de 2000 (AC 2000/4476).

Se ha discutido si dentro del concepto de gastos deben considerarse aquellos efectuados por terceros, por ejemplo, los padres de los novios. Algunos sostienen que no, ya que el artículo 43 las limitaría a los efectuados por los promitentes⁹⁵³; otros sostienen que si deberían contemplarse, en tanto puedan colacionarse en el *relictum* del padre o madre, ya que de esta forma reduce la cuota hereditaria del respectivo hijo⁹⁵⁴.

Se ha hecho notar que el CC español, a diferencia de otros ordenamientos, no establece de forma expresa criterio alguno en orden a establecer límites al “*quantum resarcitorio*”⁹⁵⁵. Así, el artículo 81.1 CC italiano señala que los gastos indemnizables serán aquellos que correspondan a la condición de las partes, es decir, considerando el medio en que se desenvuelven los promitentes⁹⁵⁶. El CC portugués, en su artículo 1594.3, señala que éstos quedarán entregados al prudente arbitrio del tribunal, el que considerará no sólo lo razonable de los gastos y obligaciones, sino también las circunstancias del caso, la condición de las partes y las ventajas que, independientemente del matrimonio, ellas pudieran proporcionar. Asimismo, el § 1298.2 del BGB ordena que “los daños ocasionados debe indemnizarse en la medida en que los gastos incurridos, las obligaciones contraídas y las demás medidas tomadas resultaren proporcionales a las circunstancias de cada caso”.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina ha estimado la existencia de estos límites, afirmando que los gastos y obligaciones han de ser adecuados a las circunstancias del caso y proporcionados a la fortuna de los promitentes⁹⁵⁷.

Conviene ahora a referirse al segundo aspecto antes expuesto –del cual sólo haremos una sucinta exposición atendido el objeto de nuestro trabajo–⁹⁵⁸ : si

⁹⁵³ GARCÍA VARELA, R., *op. cit.*, p. 613.

⁹⁵⁴ BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 113.

⁹⁵⁵ GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 41; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 478.

⁹⁵⁶ TRABUCCHI, A., voz “Promessa di matrimonio”, en *Novissimo Digesto Italiano* (dirigidos por Antonio Azara y Ernesto Eula), Appendice vol. VI, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1980, p. 48

⁹⁵⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 478. También, PÉREZ GONZÁLEZ, B. y CASTÁN TOBEÑAS, J. en KIPP, T. Y WOLFF, M., *op. cit.*, p. 51.

⁹⁵⁸ Un completo y descriptivo análisis de la problemática puede examinarse en VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, pp. 75 y ss.

cabe la reparación de daños distintos a los señalados por la norma, como, por ejemplo, los costos del traslado de uno de los prometidos al lugar donde piensan establecerse los futuros cónyuges, los costos económicos por la renuncia a un determinado empleo o la deshonra sufrida por el prometido abandonado a las afueras del ayuntamiento o iglesia o el lucro cesante, considerando el carácter lícito de la negativa a celebrar el matrimonio prometido.

Esta problemática fue anunciada por GARCÍA CANTERO en relación con el daño moral, señalando que la reparación de esta clase de daños por la ruptura de la promesa no podía generar responsabilidad civil de modo directo, pero sí de forma indirecta, cuando tal ruptura integre el supuesto de hecho de otras normas que generen tal consecuencia⁹⁵⁹; y aceptada por SANCHO REBULLIDA y LACRUZ BERDEJO, los cuales han admitido la reparación de otros daños, sea bajo el amparo del artículo 1902 CC, sea bajo la cobertura del principio general de enriquecimiento injusto⁹⁶⁰.

Sin embargo, esta posibilidad ha sido negada por otro sector importante de la doctrina, atendido el tenor literal y el carácter cerrado y taxativo de los efectos patrimoniales contemplados en el artículo 43 CC⁹⁶¹. La expresión del adverbio “sólo” abonaría esta conclusión, ya que evidenciaría la opción legislativa de hacer reparables solamente aquellos daños expresamente contemplados por la norma.

Sobre el punto, la jurisprudencia se ha mostrado abierta a considerar la posibilidad de obtener la reparación de daños distintos a los contemplados en el artículo 43 CC. En efecto, la STS de 16 de diciembre de 1996 –que si bien versaba sobre una indemnización de perjuicios en una convivencia *more uxorio*– al enfrentarse a la problemática de los daños indemnizables como consecuencia de la ruptura una promesa de matrimonio, expresamente aceptó

⁹⁵⁹ GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 42.

⁹⁶⁰ SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 39; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 142. En el mismo sentido se pronuncia ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 478

⁹⁶¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 57; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, pp. 140 y ss.

la reparación de otros daños bajo el amparo del artículo 1902 CC⁹⁶². No obstante, negó la indemnización del daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial por no ser indemnizable bajo ninguna cobertura legal, así como también de aquel derivado del estado de depresión probado por la víctima. Así también la SSAP de Barcelona de 17 de enero de 2000⁹⁶³ y de 16 de septiembre de 2010⁹⁶⁴ y la SAP de Toledo de 03 de abril de 2000⁹⁶⁵.

Asimismo, se ha rechazado la pretensión de lucro cesante. En este sentido, la AP de Barcelona resolvió que "... no cabe incluir el lucro cesante por la ganancia dejada de obtener por los alquileres que se perdieron en la vivienda de la actora donde iban a vivir, pues sin perjuicio de que el contrato vencía en el mismo mes de agosto sin que los inquilinos hayan sido llamados a juicio por si en otro caso hubieren o no continuado en el inquilinato, en todo caso, dicho precepto se refiere a gastos y obligaciones contraídas no a ganancias dejadas de obtener"⁹⁶⁶.

3.- Indemnización por los daños causados por la persecución de un enjambre de abejas en fundo ajeno

Las abejas, históricamente, han tenido presencia en diversos cuerpos normativos, del cual no es ajeno el ordenamiento español. En efecto, ya encontramos disposiciones relativas a ellas en el Fuero Juzgo, las Partidas, la Ordenanza de Sevilla y las Observancias de Aragón⁹⁶⁷. Lo mismo ha acontecido en el Derecho europeo desde Roma⁹⁶⁸.

Cabe agregar que en la doctrina española se ha dicho que esta materia no es particularmente atractiva y su consideración doctrinal sería nula si no fuera por la existencia de los comentarios exegéticos, no conociéndose, por otra parte,

⁹⁶² RJ 1996/9020. Sobre el punto, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.P., *Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996...*, cit., pp. 408 y ss.

⁹⁶³ AC 2000/1134.

⁹⁶⁴ JUR 2010/386876.

⁹⁶⁵ AC 2000/4476.

⁹⁶⁶ SAP Barcelona de 08 de octubre de 2004 (La Ley 209399/2004).

⁹⁶⁷ *Cfr.*, DE LIÑÁN Y HEREDIA, N.J., "La abeja en el Derecho", en *RCDI*, 1926, pp. 320, 324 y 325; PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, p. 312.

⁹⁶⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., pp. 311 y ss.

decisiones del TS que se hayan pronunciado sobre ella⁹⁶⁹. Veremos que, al contrario, alguna importancia puede tener.

En lo que nos interesa, el artículo 612.1 CC prescribe que “el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él”.

En determinadas épocas del año, por la multiplicación de abejas y la existencia de reinas jóvenes, se forman nuevos enjambres que abandonan las colmenas-madre para fundar nuevas colonias en otros lugares; y no siempre el apicultor puede capturar inmediatamente al nuevo enjambre e introducirlo en una colmena⁹⁷⁰.

Pues bien, conforme al artículo 612.2 CC, se tiene al apicultor como dueño del enjambre de abejas⁹⁷¹, pero estableciendo una carga para mantener su dominio, so pena de poder perderlo en caso de abandonar su predio: “cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo”⁹⁷². Ello, porque dado el carácter salvaje o semisalvaje de las abejas⁹⁷³, su huida las coloca en una situación que, a la vista de terceros, permite razonablemente

⁹⁶⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV. Propiedad y derechos reales de goce*, séptima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, p. 115.

⁹⁷⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 315.

⁹⁷¹ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 315; MARÍN CASTÁN, F., “Artículo 612”, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000, p. 47.

⁹⁷² Lo que no exime al apicultor de probar el dominio sobre el enjambre, como lo pone de manifiesto DE LIÑÁN Y HEREDIA: “... ¿cómo prueba el perseguidor que es suyo? Acerca de esta prueba conozco un caso pintoresco ocurrido en el juzgado municipal de Colmenar Viejo, al que fue demandado un vecino por responsable de la muerte de un burro ocasionada por un enjambre. El supuesto dueño del enjambre, aceptando los hechos alegados por la parte actora excepción con esta sencilla pregunta: ¿en qué se funda para asegurar que son mías las abejas? ¿Las ha visto “el hierro”? Es excepción muy lógica en un país de ganaderos y, como es natural, no teniendo contradicción, obligó al juez a absolver al demandado” (DE LIÑÁN Y HEREDIA, N.J., *op. cit.*, p. 321).

⁹⁷³ Existe discusión sobre el particular, calificándose por la mayoría de la doctrina como salvajes domesticados (PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 315).

colegir que carecen de dueño o que, aunque lo hayan tenido, los animales se han asilvestrado y han perdido su *consuetudo revertendi*⁹⁷⁴.

En cuanto al ámbito de aplicación de la norma, ella tiene operatividad en cuanto enjambre considerado como universalidad y no a las singulares abejas, que son tratadas como partes integrantes de aquél⁹⁷⁵.

Pero el dominio del enjambre de abejas no es nuestro tema, sino la indemnización por los daños ocasionados por la persecución del enjambre en fundo ajeno.

La correspondiente indemnización no es propia del CC español, sino que también se reglamenta en el artículo 924 CC italiano⁹⁷⁶, § 962 BGB⁹⁷⁷ y artículo 1322.1 CC portugués⁹⁷⁸. Incluso, en el ordenamiento italiano, se señala que esta disposición constituye la base normativa mínima de los actos lícitos dañosos⁹⁷⁹.

En este caso se observa la existencia de dos intereses opuestos, pero ambos dignos de tutela: de una parte, el derecho del propietario del fundo a no ser perturbado en el goce pleno y absoluto de su bien; de otra, el derecho del propietario del enjambre de abejas a recobrarlo. En esta colisión de intereses el legislador ha considerado prevalente el segundo, autorizando a su titular a realizar un comportamiento que en otro caso sería ilícito⁹⁸⁰. No obstante, puesto que también el derecho del propietario se presenta como digno de

⁹⁷⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 612", en *Comentarios al Código Civil* (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 763.

⁹⁷⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 315; MARÍN CASTÁN, F., *op. cit.*, p. 47.

⁹⁷⁶ "Il proprietario di sciame di api ha diritto d'inseguirli sul fondo altrui, ma deve indennità per il danno cagionato al fondo".

⁹⁷⁷ "El propietario de un enjambre de abejas puede adentrarse en la finca de otra persona durante la persecución. Si el enjambre se ha establecido en una colmena vacía de otra persona, el propietario del enjambre puede, con el propósito de capturarlo, abrir la colmena y sacar o romper los panales. Pagará una indemnización por el daño causado" (*cfr.*, EIRANOVA ENCINAS, E., *op. cit.*, pp. 319 y 320).

⁹⁷⁸ "O proprietário de enxame de abelhas tem o direito de o perseguir e capturar em prédio alheio, mas é responsável pelos danos que causar".

⁹⁷⁹ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 93; BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, pp. 162 y ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, P., *op. cit.*, p. 435.

⁹⁸⁰ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 163. Dando cuenta del conflicto de intereses, MARÍN CASTÁN, F., *op. cit.*, p. 47.

tutela, el legislador ha disciplinado la composición de los intereses regulando una “compensación” por los probables daños que tal persecución acarrea, ya que sería injusto extender la limitación del derecho del propietario hasta el extremo de dejar los daños causados en el fundo mismo sin reparación alguna y, por otra parte, sería inexplicable aplicar al otro sujeto la sanción de la “indemnización de perjuicios” por un daño que ha realizado en el ejercicio de un derecho⁹⁸¹.

Así, jurídicamente prevalente es el interés del propietario de los enjambres, como se concluye a partir de la atribución hecha por ley a tal propietario del derecho a perseguir los enjambres en fundo ajeno y, por lo mismo, el daño que sufre el propietario del fundo es un daño legítimo, *quod iure fit*⁹⁸². Sin embargo, tomando en consideración fines superiores de equidad, el ordenamiento jurídico considera que una compensación debe ser satisfecha al propietario del fundo⁹⁸³.

La facultad que la ley concede al dueño del enjambre para perseguirlo incluso en fundo ajeno, debe considerarse una manifestación de la acogida que el ordenamiento ocasionalmente presta a las medidas de autotutela, siempre y cuando el fundo ajeno no esté cercado⁹⁸⁴. Si lo estuviere, no significa que el poseedor del fundo pueda negarse a que el propietario del enjambre prosiga la persecución del mismo, sino tan sólo que debe ser consultado al respecto, ya que puede preferir capturar él mismo el enjambre y entregárselo a su propietario⁹⁸⁵.

⁹⁸¹ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 163. Del punto de vista del sistema italiano, se aprecia más claramente esta distinción en la diferente reacción del ordenamiento: frente a los comportamientos lícitos, se otorga una “*indennità*” (compensación); frente a las conductas ilícitas, un “*risarcimento*” (indemnización de perjuicios). La *indennità* tendría únicamente una función reintegradora y existiría en los supuestos de ausencia de ilicitud del acto dañoso o ausencia de culpabilidad del autor del daño (MESSINEO, F., *op. cit.*, pp. 562 y 563).

⁹⁸² DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 93. En sentido similar PANTALEÓN, al referirse a la figura en comento como un supuesto típico de “responsabilidad por acto lícito”, “responsabilidad por ataques o transgresiones permitidos” o “responsabilidad o pretensión por el sacrificio”, ajena a toda idea de culpa (PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 328).

⁹⁸³ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 93.

⁹⁸⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 326; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículo 612...*, cit., p. 763; MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E., “La autotutela en el Derecho civil común”, en *RJN*, N°60 (2006), VLEX-212669201, disponible en www.vlex.com (visita 03 mayo 2015), p. 2.

⁹⁸⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., pp. 323 y 324; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículo 612...*, cit., p. 763.

El dueño de un enjambre escapado que, por efectos de su necesaria persecución, ingresa en un fundo ajeno no cercado, aun sin el consentimiento del poseedor del mismo, ejecuta un acto completamente lícito: como se dijo, la ley le atribuye al efecto una específica facultad de autotutela, no subordinada a los presupuestos del estado de necesidad⁹⁸⁶. De esta manera, no estará sujeto a responsabilidad penal alguna, por cuanto estará amparado por la eximente de obrar en el legítimo ejercicio de un derecho (artículo 20 N°7 CP); y tampoco cabe frente a él la legítima defensa, ya que faltaría el requisito de la agresión ilegítima (circunstancia primera del N°4 del artículo 20 CP)⁹⁸⁷.

Ahora bien, la persecución del enjambre de abejas puede traer aparejada la causación de un daño, el cual el CC ordena reparar. No se puede negar en este caso la existencia de un daño en sentido jurídico, ya que cuando un interés se lesiona se realiza un perjuicio, un daño; y si este daño, procediendo de una causa extraña al sujeto que lo sufre, produce una reacción jurídica a favor de este mismo sujeto, es porque evidentemente se trata de un daño en sentido jurídico, con independencia de su antijuridicidad o ilicitud⁹⁸⁸.

Pues bien, el potencial perjuicio que puede ocasionar en el fundo ajeno el propietario del enjambre de abejas con ocasión de su persecución –conducta expresamente permitida por la ley–, constituye un daño no antijurídico⁹⁸⁹, ajeno a toda idea de culpa⁹⁹⁰ y, por lo tanto, extraño al instituto de la responsabilidad civil.

No obstante, esta conclusión ha sido puesta en duda por algunos juristas italianos, desde que existirían semejanzas entre los daños lícitos reparables y las hipótesis de responsabilidad civil. En efecto, hay una acción que causa un daño a un tercero y la obligación de la reparación es puesta por la ley a cargo

⁹⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 326.

⁹⁸⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 326. En el mismo sentido, CASSETTA, E., *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli Editore, Torino, 1953, p. 50

⁹⁸⁸ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 93 y 94; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 167.

⁹⁸⁹ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 92 y ss.; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 167; MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 99.

⁹⁹⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 326.

del agente, con lo cual concurren todos los extremos de la definición de la responsabilidad⁹⁹¹. Por ello, hay quienes sostienen que estas hipótesis en comento no son excepcionales a la *ratio* de la responsabilidad civil⁹⁹², dado que ésta es principalmente una reacción al daño injusto, entendiendo por tal a aquél que se sustenta en la lesión de un interés del dañado tutelado por el ordenamiento, lo que incluso puede acontecer cuando el acto del cual emane sea lícito⁹⁹³.

Se refuta tal opinión por diversas razones. No parece correcto hablar de daños ilícitos si la acción que los causa es lícita: el daño debe considerarse autorizado como elemento de acción. Además, si el daño consumado con ocasión de la entrada en el fundo ajeno fuere realmente ilícito, deberíamos deducir la posibilidad de oponerse al ingreso del persecutor del enjambre cuando un daño aparezca cierto, lo que haría operativa, incluso, la legítima defensa⁹⁹⁴. Esto último no puede acontecer, desde que no existe una pretensión de contenido opuesto de parte del dañado, ya que la ley no lo autoriza a oponerse al acto dañoso, sólo a reclamar la correspondiente compensación⁹⁹⁵. Asimismo no existe una agresión ilegítima que permita recurrir a la legítima defensa⁹⁹⁶.

Adicionalmente, recurriendo al ordenamiento italiano, podemos negar la pertenencia de esta clase de daños al género de la responsabilidad civil, dado que el daño que ordena reparar el artículo 924 CC italiano (similar en su estructura al artículo 612.1 CC español) da origen a una *indennità* y no a un *risarcimento*⁹⁹⁷. Se señala que la *indennità* es el remedio reparatorio de los daños no antijurídicos⁹⁹⁸, a diferencia del *risarcimento*, propio de la condena aquiliana⁹⁹⁹. Además, no tiene carácter sancionatorio, como si lo tiene el

⁹⁹¹ DUNNI, G., *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 78.

⁹⁹² TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263; PERLINGIERI, P., *op. cit.*, p. 1079.

⁹⁹³ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 264; MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 159.

⁹⁹⁴ DUNNI, G., *op. cit.*, p. 80.

⁹⁹⁵ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263; BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 165.

⁹⁹⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 326.

⁹⁹⁷ En contra se manifiesta TORREGROSSA, quien señala que la elección del concepto depende exclusivamente de la intención del legislador de excluir la indemnización en forma específica, y no de un presunto carácter legal de los daños que la indemnización misma es llamada a compensar (TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 200).

⁹⁹⁸ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 759.

⁹⁹⁹ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 123.

risarcimento, que se impone al responsable de la lesión injusta de un interés como consecuencia de la violación de su norma protectora¹⁰⁰⁰. Asimismo, generalmente la *indennità* da origen a una reparación más limitada y restringida de los perjuicios ocasionados, en atención a que los daños causados han sido consentidos por el legislador, generando, en consecuencia, un tratamiento más indulgente por parte del mismo¹⁰⁰¹. Finalmente, la *ratio* de la *indennità* tiene su fundamento en la equidad, como manifestación de un principio de justicia distributiva¹⁰⁰².

En cuanto a la extensión de los daños que deban repararse, son sólo aquellos que correspondan al legítimo ejercicio del derecho de persecución del enjambre. No se incluyen los daños ocasionados por el ejercicio extralimitado e ilegítimo de este derecho, como tampoco los que puedan causar las propias abejas, al amparo del artículo 1905 CC¹⁰⁰³. Debe consignarse que esta obligación reparatoria es independiente del éxito o fracaso finales de la persecución¹⁰⁰⁴.

En el ordenamiento italiano, se pone énfasis en que el sacrificio que se impone al propietario del fundo no incluye la obligación de este último de soportar minusvalías de carácter permanente del valor de su patrimonio, como tampoco la producción de daños ajenos a los mencionados en la norma¹⁰⁰⁵. Este último aserto se basa en el artículo 564 del proyecto de CC, el cual disponía que el dueño del enjambre podía hacer sobre el fundo ajeno “lo necesario para reconducir el enjambre ante sí, pero con menor daño y menoscabo para la propiedad ajena y con el cumplimiento de las cautelas para proteger la integridad de las personas”. No obstante, estas ideas no se reflejaron en el texto definitivo del *Codice*, estimándose que esto aconteció por razones de sobriedad; y que si bien la norma en vigor sólo protege el interés del dueño del enjambre de abejas, no es menos cierto que sería absurdo que amparara toda

¹⁰⁰⁰ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 759; MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 124. Se afirma que el mérito de utilizar el término *indennità* es sólo el de destacar la naturaleza de compensación por hecho lícito (MOROZZO DELLA ROCCA, P., *op. cit.*, p. 435).

¹⁰⁰¹ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 123 y 125.

¹⁰⁰² ALESSI, R., *La responsabilità da atti legittimi...*, p. 628.

¹⁰⁰³ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., pp. 326 y 328.

¹⁰⁰⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1612...*, cit., p. 328.

¹⁰⁰⁵ TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 196; MOROZZO DELLA ROCCA, P., *op. cit.*, p. 435.

clase de daños, como, por ejemplo, los daños no necesarios para la persecución del enjambre de abejas o aquellos mayores daños sobre los necesarios para tal fin¹⁰⁰⁶.

4.- Indemnización por el ejercicio del derecho de retirada de la obra del comercio

Dentro del derecho moral que se reconoce a los autores, el artículo 14.6 LPI señala que corresponden a éstos “los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:… 6.- Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias”.

Se señala que el artículo 14.6 LPI está influenciada por el artículo 32 de la Ley francesa de 1957¹⁰⁰⁷, el artículo 142 de la Ley italiana¹⁰⁰⁸ y el § 42 de la Ley alemana¹⁰⁰⁹ sobre derecho de autor¹⁰¹⁰.

Genéricamente, el “derecho moral de autor” se ha conceptualizado como “un conjunto de derechos atribuidos a los autores relacionados fundamentalmente con su propia dignidad o buen nombre de creadores, con su personalidad o su

¹⁰⁰⁶ TORREGROSSA, G., *op. cit.*, pp. 196 y 197.

¹⁰⁰⁷ Que en su primer párrafo –objeto de nuestro estudio– dispone que “*nonobstant la cession de son droit d’exploitation, l’auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d’un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire de préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer*”.

¹⁰⁰⁸ Que en su primer párrafo prescribe que “*l’autore, qualora concorrano gravi ragioni morale, ha diritto di ritirare l’opera del commercio, salvo l’obbligo di indennizzare coloro che hanno acquistati i diritti di riprodurre, diffondere, eseguire, rappresentare o spacciare l’opera medesima*”.

¹⁰⁰⁹ Que comienza diciendo “*der Urheber kann ein Nutzungsrecht gegenüber dem Inhaber zurückrufen, wenn das Werkes nicht mehr zugemutet werden kann*” (cfr., CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 14”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1989, p. 289).

¹⁰¹⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 289. Aunque también se afirma que respecto de la “previa indemnización de daños y perjuicios” el legislador español tuvo “únicamente” presente a la norma francesa, limitándose prácticamente a reproducirla (MORENO MARTÍNEZ, J.A., “El derecho del autor a retirar su obra del comercio”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, vol. II, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 3394).

ser moral, pero que no por ello excluyen su ejercicio ante los Tribunales de Justicia en caso de que sean vulnerados o desconocidos por terceras personas que, indebidamente, invadan la esfera propia de respeto que merece el autor”¹⁰¹¹.

Por su parte, el “derecho de retirada” ha sido definido como “la facultad que tiene el autor de retirar la obra del comercio cuando ya no se ajuste más a sus convicciones intelectuales o morales, después de haber contratado su divulgación y de suspender una forma de utilización ya autorizada, previa indemnización de daños a los titulares de derechos de explotación”¹⁰¹². El carácter moral de este derecho permite al autor, en contra del principio *pacta sunt servanda*, retirar la obra del comercio y resolver el contrato de cesión respectivo¹⁰¹³.

En este caso, el autor –por el cambio de sus convicciones intelectuales o morales– impide su posterior reproducción, difusión, ejecución, representación o exposición, acarreado, *de iure*, un daño a los titulares de derechos de explotación sobre la obra, por cuanto ya tenían unos derechos adquiridos¹⁰¹⁴. Podemos constatar, en consecuencia, la existencia de una norma permisiva, caracterizada por la autorización a realizar un determinado comportamiento, aunque productor de daños, y de la correspondiente previsión de una medida “re-equilibradora”, dirigidas todas ellas también a solucionar el conflicto de dos intereses opuestos y ambos dignos de tutela¹⁰¹⁵.

¹⁰¹¹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV. Propiedad y derechos reales de goce*, décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 231. El autor no comparte tal denominación, ya que estima que resulta más correcto hablar de “aspectos morales del derecho de autor” o de “derechos extrapatrimoniales del autor” que de “derecho moral de autor”. Justifica su posición en que “durante largos años, por no decir siglos, los autores se han esforzado de separar el Derecho de la Moral como sistemas normativos de diferente ámbito y resulta, por tanto, incongruente que, ahora, el propio Derecho positivo hable de “derecho moral”. En el mismo sentido, VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Editorial Comares, Granada, 2000, nota 139, p. 220.

¹⁰¹² MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Artículo 14”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tercera edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 230.

¹⁰¹³ MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 230; DESBOIS, H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978, p. 483.

¹⁰¹⁴ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 98.

¹⁰¹⁵ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 162.

Ahora bien, la compensación económica prevista a cargo del autor del daño no puede conectarse con la violación de un deber de comportamiento, ya que la presencia de la señalada norma permisiva autoriza aquel determinado comportamiento dañoso y excluye al mismo tiempo la antijuridicidad¹⁰¹⁶, pudiendo concluir, entonces, que los daños de que da cuenta esta norma no son antijurídicos¹⁰¹⁷. Esta compensación se justifica por razones de equidad, ya que, de lo contrario, el cesionario tendría que asumir temporalmente los gastos de paralización de los derechos de explotación, originada por un cambio de convicciones del propio autor¹⁰¹⁸.

Por lo tanto, es notorio el intento del legislador de "componer" el conflicto de dos intereses igualmente merecedores de tutela, evitando que la salvación de uno lleve consigo el sacrificio total del otro¹⁰¹⁹. Así, con la compensación regulada en la disposición en examen, se restringe el ejercicio de este extraordinario derecho de retirada con claro abuso de la posición privilegiada del autor y con fines exclusivamente económicos¹⁰²⁰.

Se discute la configuración jurídica de este derecho. Según algunos, este derecho de retirada o "de arrepentimiento" viene a suponer un incumplimiento contractual cuya causa no es ni el dolo ni la culpa, sino el arrepentimiento, con la consiguiente aplicación del artículo 1101 CC¹⁰²¹. Otros califican a esta facultad como un supuesto de desistimiento unilateral del contrato, cuando los sujetos sobre los que se aplica este derecho están vinculados por un contrato en que el autor cedía los derechos de explotación; o bien, como una revocación

¹⁰¹⁶ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 174.

¹⁰¹⁷ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 98; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, pp. 169 y 170.

¹⁰¹⁸ MORENO MARTÍNEZ, J.A., p. 3395. El fundamento equitativo también se pone de manifiesto en el ordenamiento italiano por AULETTA, G.G., "Artículo 2582" en *Commentario del Codice Civil. Libro Quinto. Del lavoro* (a cargo de ANTONIO SCIALOJA y GIUSEPPE BRANCA), Zanichelli Editore–Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1954, p. 233. En el ordenamiento francés, DESBOIS recurre al fundamento equitativo para comprender en la indemnización respectiva a la pérdida de ganancias como a los gastos efectuados (DESBOIS, H., *op. cit.*, p. 491).

¹⁰¹⁹ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 174.

¹⁰²⁰ RAMS ALBESA, J., "Artículo 14", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART), Edersa, 1994, p. 334.

¹⁰²¹ *Cfr.*, MORENO MARTÍNEZ, J.A., p. 3377.

del mismo, cuando esta facultad se ejerce en contra de un tercero que adquirió los derechos de explotación del contratante del autor¹⁰²².

4.1.- Ámbito de aplicación del derecho de retirada

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación del artículo 14.6 LPI, se controvierte si el ejercicio del derecho de retirada se puede efectuar sólo cuando la obra se encuentre ya divulgada o si, por el contrario, puede también tener lugar en un período anterior a éste. Dado que la ley pasa en silencio este extremo, la doctrina se ha pronunciado sobre este punto.

La doctrina minoritaria estima irrelevante la divulgación de la obra para los efectos del ejercicio del derecho de retirada, ya que la ley sólo exige que haya existido una cesión de derechos de explotación: ¿qué sentido tendría entender que antes de la divulgación se esté ejercitando no la facultad de retirada sino el derecho de inédito?¹⁰²³

En contra, la doctrina mayoritaria estima que la obra debe estar divulgada¹⁰²⁴, ya que, de lo contrario, estaríamos en presencia del ejercicio del derecho de divulgación, en su vertiente negativa, o derecho de inédito: el ejercicio del derecho de inédito no requiere la concurrencia de graves razones morales ni una indemnización previa, elementos que si se exigen en el derecho de arrepentimiento¹⁰²⁵. Se señala que sin impacto social no hay arrepentimiento¹⁰²⁶.

En relación al ámbito de aplicación subjetiva de la norma en comento, el derecho de retirada se concibe como una facultad ejercitable por el autor frente a los titulares de los derechos de explotación, pero no frente al adquirente o

¹⁰²² CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, nota 21, p. 293; MORENO MARTÍNEZ, J.A., pp. 3377 y 3378.

¹⁰²³ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 291.

¹⁰²⁴ RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 334; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 231; MORENO MARTÍNEZ, J.A., pp. 3380 y 3381.

¹⁰²⁵ MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 231.

¹⁰²⁶ RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 334; MORENO MARTÍNEZ, J.A., p. 3380.

propietario material de la obra cuando no coinciden ambas condiciones¹⁰²⁷. Así las cosas, el ejercicio de esta facultad no comprende la recuperación del objeto material al que se incorpora la obra¹⁰²⁸, puesto que la ley sólo hace referencia al titular de los derechos de explotación y, además, porque el derecho de retirada es una manifestación de la propiedad inmaterial que conserva el autor en su poder, la que no puede confundirse con la propiedad material sobre el soporte de la obra que goza el adquirente¹⁰²⁹.

Asimismo, es conveniente precisar que es irrelevante, a los efectos de este derecho, que la titularidad de los derechos de explotación sea ostentada como consecuencia de una cesión directa del autor o se derive de una cesión realizada por el referido cesionario del autor¹⁰³⁰. Ello es así porque la finalidad de este derecho es evitar que la obra siga explotándose y dándose a conocer en público¹⁰³¹; pero, en todo caso, sin afectar a las reproducciones o ejemplares ya adquiridos, ya que sobre ellas recaería una titularidad dominical¹⁰³².

Finalmente, al hacer referencia la Ley sólo al “autor”, se pretende indicar el carácter personalísimo del mismo, de lo cual se deduce que es ejercitable única y exclusivamente por el autor: en vida del autor, nadie, salvo él mismo, podrán ejercitar tales derechos; cuando fallezca, no podrán pretender ejercitarlos ni siquiera sus herederos y, menos, las instituciones culturales o administrativas que pudieran tener algún derecho sobre la obra¹⁰³³.

¹⁰²⁷ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 291; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 230; RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 334; VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A., *op. cit.*, p. 245; MORENO MARTÍNEZ, J.A., p. 3387.

¹⁰²⁸ MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 230; CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 291; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 364; MARÍN LÓPEZ, J.J., *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 215; PLAZA PENADÉS, J., “Artículo 14”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (director J. MIGUEL RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p.141.

¹⁰²⁹ MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 230.

¹⁰³⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 291; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 231; RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 334; VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A., *op. cit.*, p. 245; MORENO MARTÍNEZ, J.A., p. 3387.

¹⁰³¹ MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 230; MARÍN LÓPEZ, J.J., *op. cit.*, p. 214; MORENO MARTÍNEZ, J.A., p. 3388.

¹⁰³² MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3388; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil IV...*, cit., p. 233.

¹⁰³³ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil IV...*, cit., p. 233; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 364.

4.2.- Requisitos para el ejercicio del derecho de retirada

Del texto legal, se desprenden dos requisitos para poner en movimiento este derecho: el cambio en las convicciones intelectuales o morales del autor y el pago de una indemnización previa.

En primer lugar, la retirada de la obra ha de fundarse en un cambio de convicciones del autor, de carácter moral o intelectual. En esto se asemeja al sistema alemán e italiano, que exigen “que la obra no refleje ya sus puntos de vista y sus convicciones personales” o “graves razones de tipo moral”, respectivamente. Y se diferencia del sistema francés, que no exige en su estructura normativa motivación alguna¹⁰³⁴.

En virtud de esta exigencia, esta facultad ha sido calificada de “discrecional, unilateral y absoluta”¹⁰³⁵, pues corresponde exclusivamente al autor apreciar si se ha producido el cambio en sus convicciones, sin exigir la gravedad de las razones personales¹⁰³⁶. Se agrega que la apelación a las convicciones intelectuales –que por su absoluta indeterminación cabe todo lo pensable– abre de tal manera el ejercicio de la facultad de arrepentirse que hace admisible el arrepentimiento cualquiera que sea su fundamento¹⁰³⁷. No se exige que se pruebe el cambio de convicciones, bastando la mera alegación de la misma¹⁰³⁸, en la medida que tenga una motivación seria, acompañada de la intención de no dañar y de hacer efectiva la indemnización que corresponda¹⁰³⁹.

No obstante, minoritariamente se ha señalado que la decisión no es discrecional, ya que se exige una justificación conforme al tenor de la ley (por ejemplo, un cambio en la ideología política o en las creencias religiosas)¹⁰⁴⁰, lo

¹⁰³⁴ Cfr., CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 292; RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 333; MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, pp. 3390-3394.

¹⁰³⁵ MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 231.

¹⁰³⁶ MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 231; MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3391.

¹⁰³⁷ RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 333.

¹⁰³⁸ PLAZA PENADÉS, J., *op. cit.*, p. 141.

¹⁰³⁹ RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 334.

¹⁰⁴⁰ CASAS, R., “La protección de los artistas plásticos en el Derecho español”, en *Primer Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual*, tomo I, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1992, p. 271.

que implicaría hacer recaer la carga de la prueba de ella en el autor. Pero se contesta que una interpretación en ese sentido podría chocar con el artículo 16.2 CE, según el cual “nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”¹⁰⁴¹.

Por lo anterior y reconociéndose que tal justificación es una cuestión de conciencia, individual y subjetiva, debido a motivos estéticos o morales y no pecuniarios y que no pueden ser juzgados por expertos o por la autoridad judicial¹⁰⁴², se reconduce la interpretación de la mencionada justificante a la necesidad de una motivación no económica que evite el ejercicio abusivo de esta facultad¹⁰⁴³. Y, en este entendido, la carga de la prueba debería recaer en el titular del derecho de explotación, quien deberá probar que los motivos reales son distintos a los alegados por el autor al ejercer su derecho de retirada¹⁰⁴⁴, con lo cual se configuraría un derecho de defensa en manos del titular frente a un ejercicio abusivo o puramente afincado en razones pecuniarias.

Asimismo, las motivaciones del arrepentimiento no vienen acompañadas de alguna exigencia de gravedad o entidad de las mismas, resultando suficiente la invocación de cualquier cambio de convicciones por parte del autor, según su libre apreciación, para que puede hacerse efectivo el derecho de retirada¹⁰⁴⁵. Ello no acontece en otros ordenamientos, en los que se exige que las motivaciones revistan una cierta entidad o gravedad, como en el sistema italiano, que exige en el artículo 142 de la Ley especial de 22 de abril “graves razones de tipo moral”. Se ha entendido por tales a los relevantes o trascendentes cambios en el pensamiento del autor, sean de orden intelectual, político o religioso¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴¹ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 292; PLAZA PENADÉS, J., *op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁴² MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, pp. 231 y 232.

¹⁰⁴³ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 293; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 232.

¹⁰⁴⁴ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, pp. 292 y 293, cuya opinión se reafirma por CASAS, R., *op. cit.*, nota 42, p. 271. En contra se manifiesta MARTÍNEZ ESPÍN, quien sostiene que la carga de la prueba corresponde al autor, quien deberá probar que no actúa por motivos económicos (MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 232).

¹⁰⁴⁵ MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3393; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 231.

¹⁰⁴⁶ PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro Quinto, Utet, Torino, 1980, p. 694.

En cuanto a la segunda exigencia para poder ejercer el derecho de retirada, la Ley exige una previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Se ha estimado que el carácter previo de la indemnización supone que ésta es una condición de eficacia de la revocación del consentimiento¹⁰⁴⁷, carácter que encuentra su justificación en razones de equidad¹⁰⁴⁸. Su antecedente inmediato es el artículo 32 de la Ley francesa de 1957, el que se limitó a reproducir en esta parte¹⁰⁴⁹.

Se señala que la exigencia de la indemnización previa originaría una aplicación muy limitada del derecho de arrepentimiento, pues tal reparación será normalmente elevadísima¹⁰⁵⁰. Sosteniéndose que, por lo mismo, el legislador no ha sido muy generoso con los autores¹⁰⁵¹.

Ciertamente la regulación legal de esta indemnización es bastante pobre, ya que no establece ningún criterio para la determinación del *quantum* indemnizatorio, máxime si se toma en consideración la especificidad de la materia sobre la que se proyecta este derecho y el tratamiento normativo de otros ordenamientos.

Dado la ausencia de criterios de determinación del *quantum*, parece existir consenso en que en este punto resultan de aplicación las reglas generales del CC (artículos 1106 y 1107), con lo cual la indemnización previa comprendería tanto el daño emergente como el lucro cesante¹⁰⁵². Esta solución no es la misma en otros sistemas, como el alemán, en que el legislador germánico, con el objeto de facilitar el ejercicio del derecho moral de autor, opta por una reparación limitativa al daño emergente pero no extensible, al menos como

¹⁰⁴⁷ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 170.

¹⁰⁴⁸ MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3395.

¹⁰⁴⁹ MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3394.

¹⁰⁵⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil IV...*, p. 233.

¹⁰⁵¹ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 293.

¹⁰⁵² CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 293; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 232; MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3397. En los sistemas francés e italiano, frente a la misma problemática se llega a idéntica solución (*cf.*, respectivamente, DESBOIS, H., *op. cit.*, p. 490; PERLINGIERI, P., *Codice civile...*, cit., p. 694).

regla, al lucro cesante¹⁰⁵³. Lo anterior, porque no se limita a prever que la indemnización deba ser “equitativa”, sino que precisa que la misma cubra al menos los gastos en que hubiere incurrido el referido titular hasta el momento de la declaración de la revocación, sin incluir los gastos relativos a las ganancias obtenidas (§ 42.3)¹⁰⁵⁴.

Volviendo al caso español, genéricamente se indica que la indemnización tiene por fin la reparación del daño consistente en la privación de las facultades patrimoniales que debe soportar el titular de los derechos de explotación como consecuencia de la retirada¹⁰⁵⁵. Sin embargo, los autores no se muestran abiertos a aceptar una comprensión amplia de tales reglas generales, ya que se constata que estamos en presencia de unos daños producidos como consecuencia del ejercicio de una facultad legalmente reglada¹⁰⁵⁶.

En efecto, una posición restringida postula PLAZA PENADÉS, quien afirma que la indemnización sólo debe abarcar los daños efectivamente causados, que serían básicamente los derivados del coste de la edición pero sin considerar al lucro cesante¹⁰⁵⁷. Una postura similar pareciere sostener RAMS ALBESA, quien declara que “debería estarse a los desembolsos totales más los intereses de esta cifra”¹⁰⁵⁸.

Frente a tal concepción, existen otros autores que aceptan la reparación del lucro cesante, pero señalando ciertos criterios para su establecimiento. Así, MARTÍNEZ ESPÍN menciona que el tribunal deberá valorar las ganancias dejadas de obtener apreciando la curva de ventas de la obra retirada, tomando en consideración las restantes obras del autor que continúan en el comercio¹⁰⁵⁹. Por su parte, MORENO MARTÍNEZ propicia, al igual que la doctrina francesa, el seguimiento de ciertos criterios limitativos de las posibles ganancias en función

¹⁰⁵³ MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3397.

¹⁰⁵⁴ *Ídem*.

¹⁰⁵⁵ MARÍN LÓPEZ, J.J., *op. cit.*, p. 218.

¹⁰⁵⁶ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 293; RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 335.

¹⁰⁵⁷ PLAZA PENADÉS, J., *op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁵⁸ RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 335.

¹⁰⁵⁹ MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 232.

de las características ya presentadas por la explotación de la obra¹⁰⁶⁰. De esta manera, sigue la opinión de DESBOIS, el cual menciona que es conveniente observar –al momento de ejercer el derecho de retirada– la curva de ingresos que presenta la explotación de la obra, a fin de perseguir una indemnización equitativa¹⁰⁶¹.

Con lo cual podemos concluir que no existen dudas respecto de la reparación del daño emergente, pero el lucro cesante se encuentra, al menos, bastante restringido en cuanto a su extensión.

Nos parece que las restricciones impuestas por la doctrina a la reparación del lucro cesante encuentran sustento en dos órdenes de ideas: la primera, que estamos en presencia de una facultad legal, la cual, por su licitud y su propia naturaleza transaccional (al resolver un conflicto singular de intereses), impide repercutir la totalidad de su importe en el bolsillo del autor, como si hubiere actuado en forma antijurídica; y, segundo, porque el derecho de retirada se consagra por el legislador para que precisamente pueda ser ejercitado, lo cual correría un gran riesgo de no serlo de admitirse la reparación integral de un daño que autorizó expresamente la Ley.

Por lo demás, como tendremos oportunidad de concluir en su oportunidad, una característica típica de los daños lícitos reparables es la reparación restringida de ciertas partidas de daños, pues no parece justo tratar de la misma forma al que actúa lícitamente con el que se conduce antijurídicamente en su vida en relación.

5.- La indemnización de los gastos originados por las obras de mejora en la vivienda arrendada conforme al artículo 22 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos

El artículo 22 LAU, relativo a las obras de mejora, prescribe: “1. El arrendatario estará obligado a soportar la realización por el arrendador de las obras de

¹⁰⁶⁰ MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3399.

¹⁰⁶¹ DESBOIS, H., *op. cit.*, pp. 490 y 491; MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3398.

mejora cuya ejecución no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento. 2. El arrendador que se proponga realizar una de tales obras deberá notificar por escrito al arrendatario, al menos con tres meses de antelación, su naturaleza, comienzo, duración y coste previsible. Durante el plazo de un mes desde dicha notificación, el arrendatario podrá desistir del contrato, salvo que las obras no afecten o afecten de modo irrelevante a la vivienda arrendada. El arrendamiento se extinguirá en el plazo de dos meses a contar desde el desistimiento, durante los cuales no podrán comenzar las obras. 3. El arrendatario que soporte las obras tendrá derecho a una reducción de la renta en proporción a la parte de la vivienda de la que sea privado por causa de aquéllas, así como a la indemnización de los gastos que las obras le obliguen a efectuar”.

Se ha dicho que esta disposición contiene una serie de normas que pretenden una ponderación y protección de los intereses del arrendador y del arrendatario¹⁰⁶². Propiamente esta norma privilegia el interés del arrendador, desde que la realización de las obras de mejoras se configuran como un derecho de éste sin precisar consentimiento alguno del arrendatario¹⁰⁶³. Ahora bien, no obstante que este último está obligado a soportar tales obras, la ley protege su interés a través de dos mecanismos: permitiéndole desistir de contrato, o bien, autorizándolo para impetrar la reducción proporcional de la renta y el pago de una indemnización de perjuicios por los gastos que las obras le obliguen a efectuar. Sólo esta última hipótesis es objeto de nuestro trabajo.

De la conexión del artículo 22 con el artículo 21 LAU (que regula las obras de conservación de la propiedad) se desprende que las obras de mejora son

¹⁰⁶² BLASCO GASCÓ, F., “Artículo 22. Obras de mejora”, en *Arrendamientos urbanos. Comentarios, jurisprudencias y formularios* (coordinador FRANCISCO BLASCO GASCÓ), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 815.

¹⁰⁶³ TORRELLES TORREA, E., “Artículo 22. Obras de mejora”, en *Ley de arrendamientos urbanos* (coordinador EUGENIO LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2007, pp. 552 y 553; FINEZ, J.M., “Artículo 22”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (director FERNANDO PANTALEÓN PRIETO), Civitas, Madrid, 1995, p. 265; LETE DEL RÍO, J.M., “Artículo 22. Obras de mejora”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dirigidos por XAVIER O’CALLAGHAN), Edersa, Madrid, 1995, p. 282; LEÓN-CASTRO, J. y DE COSSIO, M., *Arrendamientos urbanos*, Editorial Comares, Granada, 1995, p. 148; CONTRERAS, L.M., *Ley de arrendamientos urbanos*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 240; TORRES MATEOS, M.A., *Arrendamientos urbanos. Doctrina y jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 518;

aquellas destinadas a optimizar las condiciones de habitabilidad de una vivienda que ya reúne de por sí las condiciones necesarias para servir al uso convenido¹⁰⁶⁴.

En todo caso, no pueden confundirse los gastos de mejora (ya sean útiles o suntuarias) con la mejora propiamente dicha. La mejora es el resultado de aquella conducta o serie de operaciones materiales o jurídicas que tienen por objeto aumentar de manera estable y relevante el valor de una cosa. Por tanto, las mejoras pueden ser definidas como un resultado apreciable económica, social o estéticamente que, como consecuencia de una impensa material o jurídica, aumentan duraderamente el valor, la utilidad o el rendimiento de una cosa. Con lo cual, en línea de principio, las mejoras son producto o resultado normalmente de la inversión derivada de un tipo concreto de gastos de mejora: las obras o gastos útiles, pues las voluptuarias, que acrecientan la estética de la cosa, no aumentan su rendimiento o valor: se hacen *ad pompam vel ostentationem*, con fines de puro lujo o recreo del que detenta la cosa¹⁰⁶⁵.

La doctrina suele distinguir diversas clases de mejoras, atendiendo a su función y a su origen¹⁰⁶⁶. En cuanto a su función, encontramos a las mejoras útiles y a las mejoras voluptuarias o suntuarias: las primeras son las que sin ser indispensables para su conservación, aumentan el valor de la cosa o su provecho o utilidad; las suntuarias ofrecen una ventaja estimable mayormente desde un punto de vista subjetivo y en términos de estética, comodidad o placer, no cumpliendo, en consecuencia, una finalidad económica en la cosa. En relación a su origen, distinguimos a las mejoras voluntarias y a las mejoras forzosas u obligatorias. Las primeras tienen su origen en la voluntad unilateral del propietario o de un legítimo poseedor o en la voluntad pactada entre ambos; las obligatorias, en cambio, son aquellas que encierran un verdadero

¹⁰⁶⁴ TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, p. 553; LUQUE JIMÉNEZ, M., *Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 189 y 190.

¹⁰⁶⁵ RODRÍGUEZ MORATA, F., "Artículo 22. Obras de mejora", en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), cuarta edición, Thomson Aranzadi, 2005, p. 528; TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, p. 554.

¹⁰⁶⁶ *Cfr.*, RODRÍGUEZ MORATA, F., *op. cit.*, pp. 528 y 529; TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, pp. 554 y 555; CONTRERAS, L.M., *op. cit.*, pp. 242 y 243.

deber de mejorar, ya que vienen impuestas por la ley o por una resolución judicial firme.

Pues bien, existen dudas en la doctrina en lo relativo a qué clases de mejoras se está refiriendo el artículo 22 LAU, máxime si esta disposición es de alcance restringido, ya que sólo se aplica a las mejoras “cuya ejecución no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento”¹⁰⁶⁷.

Si ya determinar la clase de mejoras es un tema no pacífico, determinar la “razonabilidad” de la ejecución de las mismas tampoco ayuda para efectos de determinar la inteligencia del precepto. Se ha escrito que “si razonable es aquello que es conforme a la razón, y razón significa justicia, rectitud en las operaciones o derecho para ejecutarlas, resulta bastante claro que la norma elimina únicamente la arbitrariedad...”¹⁰⁶⁸. Se agrega que, como criterio general, el arrendador deberá diferir las obras hasta la extinción del contrato cuando ocasione un perjuicio no justificable al arrendatario o su familia, es decir, cuando el interés del primero no sea superior al de éste último¹⁰⁶⁹. Por ello, no se admite como tal las obras de mejoras que lleven aparejada la privación total de la vivienda para el arrendatario¹⁰⁷⁰ o que la hagan inhabitable¹⁰⁷¹.

Sobre la clase de mejoras que considera la norma, existe una opinión doctrinaria que estima que no pueden ser las obras de mejora voluntaria y unilateralmente decididas por el arrendador, ya que el arrendador puede exigir en cualquier momento la realización de éstas sin necesidad de requerir el consentimiento del arrendatario, siempre que no varíen la forma estructura o configuración de la vivienda, no perjudiquen su destino o el pacífico goce del arrendatario. Con lo cual el artículo 22 LAU se estaría refiriendo a las mejoras obligatorias o forzosas, que comprenden a las obras impuestas por la ley o por

¹⁰⁶⁷ El planteamiento de esta discusión puede revisarse en TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, p. 555.

¹⁰⁶⁸ LETE DEL RÍO, J.M., *op. cit.*, p. 282.

¹⁰⁶⁹ BLASCO GASCÓ, F., *op. cit.*, p. 817.

¹⁰⁷⁰ LETE DEL RÍO, J.M., *op. cit.*, p. 283; TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, p. 555; BLASCO GASCÓ, F., *op. cit.*, p. 817; LUQUE JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁷¹ BLASCO GASCÓ, F., *op. cit.*, p. 817.

resolución judicial o administrativa firme, es decir, a aquellas obras cuya ejecución o realización escapa a la voluntad de los particulares¹⁰⁷².

En contra se manifiesta FÍNEZ, quien afirma que cuando las obras vienen exigidas por la autoridad competente deberían tener la consideración de mejoras o reparaciones necesarias y, por tanto, le sería aplicable el régimen del artículo 21 LAU y no el de la norma en examen¹⁰⁷³.

Existe también una posición intermedia, que considera como tales a aquellas que siendo obras de reparación también pueden serlo de mejora (cambio de un elemento necesario por otro de mejor calidad) y las que son ajenas a las razones estructurales (supuestos en los que el arrendador puede aprovechar una subvención)¹⁰⁷⁴.

Frente a la imposición de las obras de mejora que no pueden diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, la ley autoriza al arrendatario a solicitar una reducción proporcional de la renta y a impetrar la correspondiente indemnización de los perjuicios por los gastos ocasionados por la ejecución de las mencionadas obras. Así las cosas, el artículo 22.1 LAU se nos configura como otro supuesto de daño lícito reparable, desde que la ley autoriza al arrendador a ejecutar una conducta –realizar las obras de mejora– que puede generar un perjuicio al arrendatario –gastos efectuados con motivo de tales obras–, ordenando la “indemnización” de dichas expensas¹⁰⁷⁵.

Ciertamente la realización de las obras de mejora generará molestias al arrendatario (*v. gr.*, ruidos excesivos) e, incluso, puede llevarle a incurrir en gastos absolutamente impensados al momento de celebrar el contrato de arrendamiento, por ejemplo, por traslado de muebles a otra vivienda¹⁰⁷⁶, por aparcamiento cuando las obras impiden el acceso al garaje del edificio

¹⁰⁷² RODRÍGUEZ MORATA, F., *op. cit.*, p. 533; TORRES MATEOS, M.A., *op. cit.*, pp. 519 y 520.

¹⁰⁷³ FÍNEZ, J.M., *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁷⁴ CONTRERAS, L.M., *op. cit.*, p. 243.

¹⁰⁷⁵ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 170.

¹⁰⁷⁶ TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, p. 558.

arrendado¹⁰⁷⁷, por alquiler de un despacho u oficina donde desenvolver provisionalmente la profesión que se venía ejerciendo en la vivienda objeto de las obras, etc.¹⁰⁷⁸

En este entendido, siguiendo a DE CUPIS, no se puede negar la existencia de un daño en sentido jurídico, ya que cuando un interés se lesiona se realiza un perjuicio, un daño; y si este daño, procediendo de una causa extraña al sujeto que lo sufre, produce una reacción jurídica a favor de este mismo sujeto, es porque evidentemente se trata de un daño en sentido jurídico, con independencia de su antijuridicidad o ilicitud¹⁰⁷⁹.

Ahora bien, la “indemnización” prevista a cargo del arrendador no puede conectarse con la violación de un deber de comportamiento, ya que la propia ley ha autorizado la realización de las obras de mejora, excluyendo con ello la antijuridicidad del resultado dañoso; pudiendo concluir, entonces, que los daños de que da cuenta esta norma no son antijurídicos¹⁰⁸⁰ y, en consecuencia, ajenos a toda idea de responsabilidad civil.

En este caso se observa la existencia de dos intereses opuestos, pero ambos dignos de tutela: de una parte, el derecho del arrendador a efectuar mejoras en el inmueble, como manifestación de su dominio sobre el mismo; de otra, el derecho del arrendatario a gozar pacífica y tranquilamente de la cosa arrendada. En esta colisión de intereses el legislador ha considerado prevalente el primero, autorizando a su titular a realizar un comportamiento que en otro caso sería ilícito, puesto que constituiría una infracción al goce pacífico del inmueble al que está obligado el arrendador (artículo 1554 N°3 CC). No obstante, puesto que también el derecho del arrendatario se presenta como digno de tutela, el legislador ha disciplinado la composición de los intereses

¹⁰⁷⁷ RODRÍGUEZ MORATA, F., *op. cit.*, p. 540.

¹⁰⁷⁸ LETE DEL RÍO, J.M., *op. cit.*, p. 286.

¹⁰⁷⁹ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 93 y 94; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 167.

¹⁰⁸⁰ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 98; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 169 y 170.

regulando una “compensación”¹⁰⁸¹ por los probables gastos que las obras le obliguen a efectuar, ya que sería injusto extender la limitación del derecho del arrendatario hasta el extremo de dejar los daños causados en su patrimonio sin reparación alguna y, por otra parte, sería inexplicable aplicar al arrendador la sanción de la “indemnización de perjuicios” por un daño que ha realizado en el ejercicio legítimo de un derecho.

Entendemos que esta compensación se justifica por razones de equidad, ya que, de otra forma, la prevalencia absoluta del interés del arrendatario rompería el equilibrio de intereses establecido en el diseño legal del contrato de marras. Con esta compensación, se conserva el equilibrio entre ambas partes, ya que se autorizan la ejecución de las obras de mejora pero obligando al arrendador a reparar los gastos que por dicha causa se ocasionen al arrendatario. Podemos constatar, en consecuencia, la existencia de una norma permisiva, caracterizada por la autorización a realizar un determinado comportamiento, aunque productor de daños, y de la correspondiente previsión de una medida "re-equilibradora", dirigidas todas ellas también a solucionar el conflicto de dos intereses opuestos y ambos dignos de tutela. De esta manera, se evita que la prevalencia de un interés lleve consigo el sacrificio total del otro.

Finalmente, en cuanto a la compensación propiamente tal, la reparación de los daños provocados al arrendatario al amparo del artículo 22.3 LAU son limitados: sólo cubren los gastos que las obras de mejora les obligue a efectuar. Se ha dicho que los gastos a los que se refiere el precepto son aquellos que derivan o son consecuencia directa de las obras de mejora y no aquellos otros que el arrendatario se proponga realizar por razones de simple comodidad u ornato: son los gastos necesarios para mantener las condiciones de habitabilidad alteradas por la realización de las obras de mejora en la vivienda o en cualesquiera otras dependencias o servicios cedidos como accesorios a la misma¹⁰⁸².

¹⁰⁸¹ Así la califica TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, p. 558, con lo cual implícitamente acepta que no estamos frente a un caso de responsabilidad civil.

¹⁰⁸² RODRÍGUEZ MORATA, F., *op. cit.*, pp. 539 y 540.

El peso de la prueba recae sobre el arrendatario, quien deberá justificar la existencia de tales gastos, tanto en cuanto a la oportunidad de las mismas como en cuanto a su acreditación mediante los correspondientes recibos o facturas de pago¹⁰⁸³.

Todo lo cual no impide la reclamación de otros daños, por ejemplo, los originados por el ejercicio extralimitado del derecho a efectuar obras de mejoras o por el hecho del constructor que ha actuado con culpa o negligencia, evidentemente con otro fundamento normativo.

6.- Las indemnizaciones provenientes de las servidumbres legales

Existen numerosas disposiciones en el CC que, al reglamentar determinadas clases de servidumbres legales, exigen una indemnización previa para poder ejercerlas, o bien, ponen de cargo del titular del predio dominante la indemnización de los perjuicios ocasionados por la constitución y ejercicio de la misma.

Se ha dicho que cuando el legislador ha ordenado el pago de una indemnización por los perjuicios causados por la constitución de la servidumbre legal, lo son por los daños no antijurídicos que ella genera¹⁰⁸⁴ y, por lo mismo, resultan completamente ajenos a cualquier idea de responsabilidad civil.

Se señalan como hipótesis de esta clase de indemnizaciones las previstas en los artículos 553.3, 554, 556, 557, 558, 562, 564, 569, 570 y 588, todos del CC¹⁰⁸⁵, que pasamos a reseñar.

¹⁰⁸³ LETE DEL RÍO, J.M., *op. cit.*, p. 286; RODRÍGUEZ MORATA, F., *op. cit.*, p. 540.

¹⁰⁸⁴ BUSTO LAGO, J.M., "Artículos 549 a 570" en *Comentarios al Código Civil* (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 693; también en *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 168.

¹⁰⁸⁵ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 168.

6.1.- Las servidumbres legales en materia de aguas

Conforme a la Disposición Final Primera de la Ley de Aguas (LA) de 02 de agosto de 1985, “en todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley, se estará a lo dispuesto en el Código Civil”. De esta manera, el CC es supletorio de la legislación administrativa¹⁰⁸⁶. No obstante lo anterior, se ha precisado que para resolver los conflictos jurídicos de esta clase se servidumbres “habrá que acudir, por tanto, en primer lugar, a la Ley de Aguas (artículos 45 a 47) y al Código Civil (artículos 552 a 563), entre cuyas normas no existe contradicción en lo fundamental. Y, en segundo lugar, a las normas del Reglamento”¹⁰⁸⁷.

Sobre el particular, es menester tener presente el artículo 48 TRLA¹⁰⁸⁸, que dice: “Régimen jurídico de la servidumbre de acueducto. 1. Los organismos de cuenca podrán imponer, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil y en el Reglamento de esta Ley, la servidumbre forzosa de acueducto, si el aprovechamiento del recurso o su evacuación lo exigiera. 2. Con arreglo a las mismas normas, los organismos de cuenca podrán imponer las servidumbres de saca de agua y abrevadero, de estribo de presa y de parada o partidor, así como las de paso, cuando se trate de garantizar el acceso o facilitar el mismo a zona de dominio público de los cauces, para usos determinados, incluyendo los deportivos y recreativos, y, en general, cuantas servidumbres estén previstas en el Código Civil. 3. El expediente de constitución de servidumbre deberá reducir, en lo posible, el gravamen que la misma implique sobre el predio sirviente. 4. La variación de las circunstancias que dieron origen a la constitución de una servidumbre dará lugar, a instancia de parte, al correspondiente expediente de revisión, que seguirá los mismos trámites reglamentarios que los previstos en el de constitución. 5. El beneficiario de una

¹⁰⁸⁶ TOLEDO JÁUDENES, J., “Disposición final primera”, en GONZÁLEZ PÉREZ, J., TOLEDO JÁUDENES, J. y ARRIETA ÁLVAREZ, C., *Comentarios a la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid, 1987, p. 1183.

¹⁰⁸⁷ SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., “Estudio de las distintas servidumbres legales en materia de aguas”, en *Las servidumbres* (director EDUARDO BAENA RUIZ), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 171.

¹⁰⁸⁸ Cuyo texto refundido se publicó en el BOE N°176 de 24 de julio de 2001.

servidumbre forzosa deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al predio sirviente de conformidad con la legislación vigente”.

Las servidumbres que el artículo 48 TRLA permite imponer sobre los inmuebles lo son, generalmente, en beneficio de un predio (artículo 530 CC), aunque también puede serlo en provecho de una o más personas (artículo 531 CC). Se caracterizan por tener como finalidad la de facilitar o hacer posible el uso de las aguas públicas. Esta es su nota común¹⁰⁸⁹.

Lo anterior nos lleva a estudiar la indemnización por la imposición de las siguientes servidumbres legales: de estribo de presa (artículo 554 CC); de saca y abrevadero (artículos 555 y 556 CC); de acueducto (artículos 556 a 561 CC); de parada y partidior (artículo 562 CC), y; de desagüe (artículo 588 CC).

6.1.1.- Indemnización por el establecimiento de la servidumbre de estribo de presa

El artículo 554 CC prescribe que “cuando para la derivación o toma de aguas de un río o arroyo, o para el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas, fuere necesario establecer una presa, y el que haya de hacerlo no sea dueño de las riberas o terrenos en que necesite apoyarla, podrá establecer la servidumbre de estribo de presa, previa la indemnización correspondiente”.

Cuando para construir una presa necesaria para la derivación, para la toma o para el aprovechamiento de aguas de un río o de un arroyo se requiera estribarla o apoyarla en terrenos de propiedad ajena, el organismo de cuenca correspondiente podrá imponer la constitución de la servidumbre, previa la indemnización correspondiente. La presa es el muro para detener el agua en

¹⁰⁸⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Artículo 46”, en GONZÁLEZ PÉREZ, J., TOLEDO JÁUDENES, J. y ARRIETA ÁLVAREZ, C., *Comentarios a la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid, 1987, p. 253.

orden a facilitar su aprovechamiento; el estribo es un macizo de fábrica para apoyar la presa¹⁰⁹⁰.

Además de los requisitos generales mencionados en el artículo 48 TRLA, la doctrina¹⁰⁹¹ ha señalado las siguientes exigencias para que se configure esta clase de servidumbre: a) necesidad de construcción de la presa para la derivación o toma de aguas de un río o de un arroyo, o para el aprovechamiento de otras corrientes de agua continuas o discontinuas; b) que el titular activo de la servidumbre tenga las facultades requeridas para construir la presa; c) necesidad de apoyar el estribo de la presa en un predio de propiedad ajena al titular activo de la servidumbre, y; d) indemnización previa al propietario del fondo sirviente.

Conforme a los artículos 25 y 45 RDPH y 554 *in fine* CC, el abono de la indemnización que corresponda es previa al establecimiento de la servidumbre, es decir, anterior a la ocupación del terreno en el que el estribo de presa se establezca¹⁰⁹². La valoración de la indemnización se hará en conformidad a las normas de la LEF.

La LA ni el CC establecen criterio alguno para establecer la indemnización respectiva, a diferencia de la derogada LA de 1879, que en su artículo 104 se refería a dos conceptos a indemnizar: el valor que por la ocupación del terreno corresponda y los daños y perjuicios que pudieran haber experimentado las fincas, que se reparaban con posterioridad¹⁰⁹³.

Sin embargo de no existir tales criterios, se ha estimado que la “indemnización” previa ha de considerar el valor del terreno ocupado por el estribo¹⁰⁹⁴. Lo

¹⁰⁹⁰ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 677. En sentido similar, PÉREZ PÉREZ, E., “Artículo 554”, en *Comentarios al Código Civil* (coordinador JOAQUÍN RAMS ALBESA y coordinadora adjunta ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ), III, Bosch, Barcelona, 2001, p. 1005.

¹⁰⁹¹ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 677; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *Régimen jurídico de las servidumbres*, Editorial Comares, Granada, 1994, p. 284; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Artículo 46...*, p. 271; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁹² ROCA JUAN, J., “Artículos 554 a 556”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dirigidos por MANUEL ALBALADEJO), segunda edición, tomo VII, volumen 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 149; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1005.

¹⁰⁹³ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 149; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 677.

¹⁰⁹⁴ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 677; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1005.

anterior, sin perjuicio de indemnizarse los daños que se produzcan en el predio sirviente una vez que se realice la obra, pero no previamente, sino en el momento en que se produzcan y si se producen¹⁰⁹⁵. La indemnización de estos últimos daños fluye, a nuestro juicio, con toda claridad del texto del artículo 48 TRLA, que ordena en forma general la reparación de los daños y perjuicios “ocasionados”. Así también en el sistema italiano –que en su artículo 1047¹⁰⁹⁶ reglamenta esta clase de servidumbre y también se ordena el pago de una *indennità* sin determinar su contenido específico–, en que la doctrina ha entendido que la compensación a pagar es acorde al daño que importe la servidumbre¹⁰⁹⁷, es decir, al daño que el fundo experimenta¹⁰⁹⁸.

Más aún, el titular activo de la servidumbre es obligado a realizar las obras precisas para mantener la obra en un adecuado estado de conservación para no causar perjuicios adicionales al fundo sirviente que, de producirse, deberán ser indemnizados¹⁰⁹⁹.

6.1.2.- Indemnización por el establecimiento de la servidumbre forzosa de saca de agua y abrevadero

El artículo 555 CC prescribe que “las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población o caserío, previa la correspondiente indemnización”.

La plena vigencia de esta especie de servidumbre viene avalada por la mención que efectúan a su respecto los artículos 48.2 TRLA y 42 a 46 RDPH, los cuales otorgan el derecho de extraer agua situada en el predio ajeno gravado y el derecho a abrevar a su ganado en el mismo, tanto si el agua es de

¹⁰⁹⁵ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 677; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 284; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1005.

¹⁰⁹⁶ “*Chi ha diritto di derivare acque da fiumi, torrenti, rivi, canali, laghi o serbatoi puo', qualora sia necessario, appoggiare o infiggere una chiusa alle sponde, con l'obbligo pero' di pagare l'indennita' e di fare e mantenere le opere atte ad assicurare i fondi da ogni danno*”.

¹⁰⁹⁷ BRANCA, G., “*Servitù prediale*”, en *Comentario del Codice Civile* (a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA), sexta edición, Zanichelli Editore y Soc. Ed. del Foro Italiano, Bolonia – Roma, 1987, p. 167.

¹⁰⁹⁸ BIONDI, B., *Las servidumbres* (con extensas anotaciones de Derecho español común y foral, por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS), Edersa, Madrid, 1978, p. 1504.

¹⁰⁹⁹ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 678.

dominio público (precisándose de la respectiva concesión) como si es de propiedad privada (charcas y aguas pluviales estancadas)¹¹⁰⁰.

La saca de aguas es el derecho a obtener agua directamente del fundo sirviente (*servitus aquae haustus*, con su complementario *iter ad hauriendum* o derecho de paso para obtener el suministro de agua); el abrevadero es el derecho a que la piara o las cabezas de ganado ingresen en la finca sirviente para abrevar (*servitus pecoris ad aquam adpulsum*)¹¹⁰¹.

La saca de aguas no puede realizarse mediante canalización o canal de derivación¹¹⁰², ya que ello exigiría la constitución de una servidumbre de acueducto¹¹⁰³. Por lo demás, esta solución se impone por el tenor de los artículos 556 CC y 44 RDPH, por el cual esta servidumbre lleva consigo la obligación del predio sirviente de dar paso a las personas o ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse las aguas¹¹⁰⁴. Por lo mismo, el ejercicio de esta servidumbre precisa de una senda o camino que permita a las personas o los ganados trasladarse al lugar de referencia, para lo cual el título de constitución fijará “la anchura de la vía o senda que haya de conducir al abrevadero o punto destinado para sacar el agua” conforme a “su objeto y circunstancias de la localidad” (artículo 45 RDPH).

La servidumbre en comento, además de los requisitos generales del artículo 48 TRLA, exige los siguientes¹¹⁰⁵: a) concurrencia de causa de utilidad pública en favor de núcleos de población o de viviendas (artículos 555 CC y 42 RDPH); b) necesidad de la constitución de la servidumbre que se deriva de la carencia de agua de la población o viviendas antes mencionadas. No existe unanimidad sobre si la necesidad es sólo para uso doméstico y para abrevar a los

¹¹⁰⁰ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 678.

¹¹⁰¹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV...*, cit., 2010, pp. 303 y 304.

¹¹⁰² ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 150; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 678; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1006; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, pp. 185 y 186.

¹¹⁰³ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 678; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, p. 186.

¹¹⁰⁴ Para algunos se trata de un deber (ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 150). Para otros es una verdadera servidumbre de paso (DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 290).

¹¹⁰⁵ *Cfr.*, BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 678; ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 151; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, p. 185.

animales¹¹⁰⁶, o también se extiende a cualquier tipo de usos, incluidos los agrícolas o industriales¹¹⁰⁷, y, c) indemnización previa.

Al igual que en la servidumbre de estribo de presa, la ley no señala parámetro alguno para efectos de determinar la indemnización que exige la ley, limitándose sólo a señalar que debe ser previa, es decir, que su pago o depósito es requisito para el establecimiento de la servidumbre¹¹⁰⁸. No obstante, la doctrina estima que la “indemnización” debe comprender el daño ocasionado al fundo sirviente por el paso y por la estancia en él de personas o de animales¹¹⁰⁹. SCAEVOLA va más allá, señalando que debe indemnizarse el valor del terreno que ocupe la vía y el abrevadero más los daños y perjuicios que se ocasionen a la finca con la servidumbre¹¹¹⁰.

6.1.3.- Indemnización por el establecimiento de la servidumbre de acueducto

Se encuentra reglamentada en los artículos 557 a 561 CC. Concordantes con estas disposiciones son los artículos 48.1 TRLA y 18 a 40 RDPH.

El artículo 48.1 TRLA dispone que “los organismos de cuenca podrán imponer, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil y en el Reglamento de esta Ley, la servidumbre forzosa de acueducto, si el aprovechamiento del recurso o su evacuación lo exigiera”.

Conforme al artículo 557 CC, “todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya, tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar a sus dueños, como también a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas”.

¹¹⁰⁶ En este sentido, ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 151; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, pp. 286 y 287.

¹¹⁰⁷ En este sentido, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “Notas de Derecho español a la obra de B. Biondi”, en *Las servidumbres* (con extensas anotaciones de Derecho español común y foral, por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS), Edersa, Madrid, 1978, p. 1524.

¹¹⁰⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Artículo 46...*, cit., p. 258.

¹¹⁰⁹ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 678; ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 152.

¹¹¹⁰ SCAEVOLA, M., *Código Civil*, tomo X, Madrid, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1895, p. 549.

La servidumbre de acueducto puede imponerse tanto por motivos de interés público como de interés privado (artículo 19.2 RDPH) y mediante ella “se otorga al propietario de una finca que quiera servirse del agua de que pueda disponer para la misma, o evacuar las sobrantes, el derecho a hacerla pasar por los predios intermedios con obligación de indemnizar a sus dueños y a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas” (artículo 19.1 RDPH).

Los propietarios de los predios intermedios gravados con la servidumbre deben soportar la construcción y la existencia de la canalización (que puede serlo a través de acequia abierta, cubierta o conducción impermeable, artículo 23 RDPH), así como la realización de todas las obras necesarias para su adecuada conservación y limpieza, autorizándose a estos efectos al titular del predio dominante “para ocupar temporalmente los terrenos indispensables para el depósito de materiales, previa la indemnización, o en el caso de no ser su extensión fácil de prever, o no conformarse con ella los interesados, previo el depósito de una fianza suficiente” (artículo 26 RDPH). La servidumbre de acueducto faculta al titular activo de la misma a pasar por los márgenes del acueducto para el exclusivo servicio de la servidumbre (artículo 32 RDPH). La extensión del terreno ocupado por la conducción y por sus zonas de servicio debe determinarse en el título de constitución de la servidumbre (artículo 24 RDPH).

Para los efectos de imponer esta servidumbre, además de los requisitos generales del artículo 48 TRLA, se exigen ser propietario de la finca a cuyo favor se quiera disponer del agua¹¹¹¹. Esta exigencia se impone por el tenor del artículo 22 b) RDPH, el que dentro de las causales de oposición que se otorgan al propietario del fundo que pretende gravarse, consagra el “no acreditar, además, la propiedad del terreno en que intente utilizarla, para objeto de interés privado, si la disponibilidad se deriva de título distinto al concesional, al

¹¹¹¹ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 681; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1009; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 292; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, p. 178.

amparo de los supuestos excepcionales previstos en la Ley de Aguas”. No obstante, existen opiniones que estiman como suficientes la titularidad de un derecho que permita el control económico de la finca por título legítimo distinto de la propiedad, como un usufructo o arrendamiento¹¹¹², pues la disponibilidad de que se habla se refiere al agua y no al fundo pretendidamente dominante (lo que posibilita, frente al tenor literal del CC, interpretar los requisitos de la disponibilidad del agua por título concesional y la propiedad del fundo dominante como alternativos)¹¹¹³.

Adicionalmente, el artículo 558 CC establece otras exigencias al que pretenda usar de este derecho: a) a justificar que puede disponer del agua y que ésta es suficiente para el uso a que la destina; b) a demostrar que el paso que solicita es el más conveniente y menos oneroso para tercero; c) a indemnizar al dueño del predio sirviente en la forma que se determine por las leyes y reglamentos.

En cuanto a la indemnización que regula la ley, conforme a los artículos 557 y 558 CC, 48 N°5 TRLA y 19.1 RDPH, ella se hace extensiva a favor del dueño del predio sirviente y de los dueños de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan aguas. Precizando su oportunidad, el artículo 25 RDPH señala que “el establecimiento de la servidumbre forzosa de acueducto exigirá el previo abono de la indemnización que corresponda de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de expropiación forzosa”, lo cual corrobora el artículo 38 RDPH, al sujetar el ejercicio de la servidumbre al pago del importe de la respectiva indemnización.

Se ha sostenido que la indemnización previa sólo es exigencia para la constitución de la servidumbre, por lo que sólo se referiría a la reparación del dueño del predio sirviente; mientras que la indemnización por las filtraciones o caídas de aguas a los predios inferiores, en cualquier caso, es posterior a la

¹¹¹² ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 159.

¹¹¹³ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 681.

constitución del acueducto, constituyendo una típica indemnización de daños¹¹¹⁴.

La ley, al igual que en los casos anteriores, no ha establecido criterios para determinar la indemnización, a diferencia de lo que regulaban los artículos 87 y 88 LA de 1879, conforme a los cuales las servidumbres de acueducto temporales hacían merecedor de una indemnización equivalente al duplo del arriendo correspondiente a la duración del gravamen por la parte que se le ocupa, con la adición del importe de los daños y desperfectos para el resto de la finca, incluso los que procedan de su fraccionamiento por interposición de la acequia; y a las perpetuas por el valor del terreno ocupado¹¹¹⁵.

Se afirma que debería comprender el valor del terreno ocupado por la canalización, atendido que el artículo 24 RDPH exige señalar la anchura de los terrenos por donde ella pasará. Como también el valor de la ocupación temporal en el predio sirviente de los terrenos indispensables para el depósito de materiales, tanto para las obras necesarias para la construcción del acueducto como para su conservación y limpieza (artículo 26 RDPH)¹¹¹⁶.

Los conceptos antes referidos forman parte de la indemnización previa que la ley exige como presupuesto de legitimidad de la actuación. Pero como puede no ser fácil la previsión de los daños que la ocupación por construcción, conservación y limpieza pueda ocasionar, o bien, existiera disconformidad entre los interesados, se entiende que lo previo será el depósito de una fianza suficiente¹¹¹⁷.

Entendemos que no deberían excluirse de la indemnización respectiva a favor de los propietarios del predio sirviente los daños y desperfectos que sufra el resto de la finca con ocasión de la constitución y ejercicio de la servidumbre, ya

¹¹¹⁴ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 164; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1015; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, p. 180.

¹¹¹⁵ *Cfr.*, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., *op. cit.*, p. 1477; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1015; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, p. 180.

¹¹¹⁶ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 164.

¹¹¹⁷ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 164; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 294.

que los preceptos en examen no los excluyen, al exigir, en forma amplia, la “obligación de indemnizar a sus dueños”. Debe destacarse, en este extremo, que la jurisprudencia ha considerado como conceptos indemnizables al propietario del predio sirviente tanto el valor del terreno como la “pérdida de cosecha anual, gastos de reposición del terreno ocupado a su anterior estado y perjuicios por las pérdidas parciales de cosecha”¹¹¹⁸; o el demérito de la parte de la finca gravada por las limitaciones que la servidumbre de acueducto comporta y la valoración de las cepas afectadas por ella¹¹¹⁹; la pérdida de producción de mandarinos que antes de iniciadas las obras estaban en plena producción y que luego de finalizadas se éstas quedaron en estado vegetativo seco, ordenándose su pago “durante el período comprendido entre la ocupación de la finca hasta que las parcelas volvieran a estar en idéntica situación que antes de su ocupación”¹¹²⁰.

En cuanto a los daños ocasionados a los propietarios de los predios inferiores, la indemnización respectiva sólo tiene lugar por la filtración o caída de las aguas que recibieren con ocasión del ejercicio de la servidumbre de acueducto. Esta indemnización no puede ser previa desde que es eventual, ya que perfectamente podría darse que ninguna filtración o caída de agua sufrieren los predios inferiores, no originando reparación alguna. Pero, de originarse estos eventos, será obligatoria esta compensación por parte del titular activo de la servidumbre, por soportar los propietarios de los predios inferiores las consecuencias indeseables de una facultad permitida por ley.

6.1.4.- Indemnización por establecimiento de la servidumbre de parada y partidor

El artículo 562 CC señala que “el que para dar riego a su heredad o mejorarla, necesite construir parada o partidor en el cauce por donde haya de recibir el agua, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios, incluso los que se originen de la nueva

¹¹¹⁸ STS de 18 de mayo de 1988 (RJ 1989/3788).

¹¹¹⁹ STS de 09 de febrero de 1998 (RJ 1998/1447).

¹¹²⁰ STS de 02 de julio de 1991(RJ 1991/6943).

servidumbre a dichos dueños y a los demás regantes”. En concordancia con esta disposición se encuentran los artículos 48.2 TRLA, 41 y 45 RDPH.

La servidumbre de parada y partidor consiste en una obra que detiene el agua (parada) o que permite repartirla o distribuirla (partidor). Se trata de una presa (muro de fábrica) que opera levantando el nivel de agua para facilitar el aprovechamiento en beneficio de una heredad¹¹²¹. Es preciso consignar que la servidumbre no guarda relación con el cauce del agua, sino con la utilización de los márgenes, de propiedad privada, en los que la construcción debe hacerse¹¹²².

Además de los requisitos generales del artículo 48 TRLA, para constituir la servidumbre se deben reunir los siguientes requisitos¹¹²³: a) tener la disponibilidad de agua necesaria y suficiente para dar riego a una heredad o mejorarla (artículos 45 y 22 a) del RDPH); b) acreditar la necesidad de construir una parada o partidor sobre las márgenes del cauce que formen parte del fundo ajeno, con la finalidad de dar riego a una heredad propia o mejorarla. El propietario del predio sirviente soportará la construcción y la existencia de la obra consistente en el partidor o parada; si para apoyarla se requiere ocupar terreno ajeno, deberá constituirse la servidumbre de estribo de presa, y; c) la indemnización previa.

La indemnización comprende la reparación de los daños y perjuicios ocasionados al propietario del predio sirviente como consecuencia de la construcción de la obra (acceso y ocupación de terrenos)¹¹²⁴. Se ha escrito que esta reparación debe comprender el valor del terreno ocupado por la parada o partidor, por cuanto constituye más bien una expropiación que una verdadera servidumbre: “en ésta el propietario no pierde el derecho real en la cosa, sino que tolera el uso de la misma para determinados fines, mientras que al

¹¹²¹ CORBAL FERNÁNDEZ, J., “Artículo 562”, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo 3, Bosch, Barcelona, 2000, p. 806.

¹¹²² Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. VI. Derechos reales*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 287.

¹¹²³ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 685; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1019; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, p. 187.

¹¹²⁴ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 685.

construir una parada o partidior en el cauce, parece que la parte de propiedad que ocupa dicha parada la pierde el propietario mediante la indemnización sin que pueda ni aun cubrir dicha parada o partidior como sucede en el acueducto; si bien lo que realmente se establecerá como tal servidumbre será el paso para llegar a aquel partidior o parada”¹¹²⁵.

La norma en estudio también comprende la indemnización de los daños que origine la nueva servidumbre a los propietarios de los predios sirvientes como a los demás regantes. No obstante, estos daños no pueden consistir en la privación o modificación permanente de los derechos de éstos, sino meras perturbaciones, ya que de lo contrario se requeriría su expropiación forzosa¹¹²⁶. Entendemos que la indemnización por este concepto no puede ser previa, ya que es consustancial a una servidumbre ya constituida. Por lo tanto, no es requisito para su establecimiento.

También la doctrina comprende como concepto indemnizable los daños originados por la alteración de la disponibilidad de las aguas en el mismo tiempo de realización de la obra al dueño del predio sirviente como a los demás regantes¹¹²⁷.

6.1.5.- Indemnización por establecimiento de la servidumbre forzosa de desagüe

El artículo 588 CC prescribe que “cuando el corral o patio de una casa se halle enclavado entre otras, y no sea posible dar salida por la misma casa a las aguas pluviales que en él se recojan, podrá exigirse el establecimiento de la servidumbre de desagüe, dando paso a las aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicios ocasione al predio sirviente, previa la indemnización que corresponda”.

¹¹²⁵ DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 318.

¹¹²⁶ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 685; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1019.

¹¹²⁷ PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1019.

Suele tratarse de manera conjunta con la de acueducto forzoso, como si fuera una especie de ésta, no obstante que los desagües más bien desempeñan una función económica opuesta a los acueductos: estos últimos se dirigen a llevar agua a un fundo o a un predio para atender las necesidades de la vida, a los usos agrícolas o industriales, de manera que tienen una función positiva; en cambio, en los desagües la utilidad del paso del agua consiste en evitar los perjuicios que su abundancia puede ocasionar cuando se produce su acumulación que puede penetrar en los edificios o en parte de ellos¹¹²⁸. En el acueducto la ley beneficia al fundo, permitiendo la utilización del agua que falta al mismo; en el desagüe lo beneficia permitiendo la salida de agua a otra parte¹¹²⁹.

El artículo 588 contempla un supuesto específico de desagüe de aguas de lluvia que parte del presupuesto fáctico de que exista un corral o un patio enclavado entre otras fincas; lo que ha llevado a sostener que el supuesto coincide sustancialmente para la constitución de la servidumbre de paso, ya que en ambos la necesidad deriva de una especial ubicación de los fundos: una situación de enclave¹¹³⁰. Por lo mismo, se ha escrito que ante la escasa regulación de la servidumbre forzosa de desagüe contenida en el artículo 588 CC, ésta puede ser complementada con la aplicación supletoria de los artículos 564 y siguientes del mismo texto legal, relativos a la servidumbre de paso¹¹³¹.

Para que pueda constituirse esta servidumbre se exigen los siguientes requisitos¹¹³²: a) que se trate de un corral o patio de una casa enclavado entre otras. Sin embargo, la doctrina considera que la norma es igualmente aplicable a situaciones de enclave en cualquier tipo de zona urbana¹¹³³ o de un jardín,

¹¹²⁸ BIONDI, B., *op. cit.*, p. 1480; DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...VI*, cit., pp. 289 y 290;

¹¹²⁹ BIONDI, B., *op. cit.*, p. 1480.

¹¹³⁰ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, tomo IV, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1895, p. 749; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 535; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 910; REBOLLEDO VARELA, A.L., "Servidumbre de desagüe y vertiente de tejados", en *Tratado de servidumbres* (director Ángel Rebolledo Varela), segunda edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 735.

¹¹³¹ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 735.

¹¹³² *Cfr.*, DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, pp. 535 y 536; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, pp. 191 y 192; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pp. 910 y 911; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, pp. 736 y 737.

¹¹³³ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...VI*, cit., p. 290.

huerta, solar o almacén, por encontrarse en idéntica condición¹¹³⁴; b) imposibilidad de evacuación de las aguas pluviales por la propia casa, atendida su situación de enclave. El presupuesto básico es la existencia de una situación previa de enclave de modo que no sea posible dar salida a las aguas de manera directa a la vía pública de otra forma que no sea a través de los predios colindantes, por lo que si tal situación de enclave no existe debe denegarse la constitución forzosa de la servidumbre¹¹³⁵. No se exige un aislamiento absoluto del inmueble, sino que basta el enclave relativo, pudiéndose solicitar la imposición de la servidumbre forzosa de desagüe por el predio o predios colindantes cuando la obtención de salida propia implique obras de ejecución o coste desproporcionado en relación con el perjuicio ocasionado por la imposición de la servidumbre¹¹³⁶; c) la salida debe efectuarse por el punto más fácil y en la forma que menos perjudique al predio sirviente. Para estos efectos habrá de ponderarse la necesidad, facilidad, distancia, coste, entidad del gravamen y perjuicios para el predio sirviente¹¹³⁷. La ley no señala a cargo de quién se encuentra el establecimiento del conducto y quien lo costea, entendiéndose que lo es del predio dominante, ya que está constituida en su interés¹¹³⁸, y; d) indemnización previa.

Respecto de la indemnización que tiene derecho el titular del predio sirviente, la ley se ha limitado a señalar que debe ser previa, sin indicar los conceptos que ella debe contemplar. Para tales efectos, se ha propuesto aplicar por analogía los criterios indemnizatorios de la servidumbre de paso¹¹³⁹, porque en ambos existe una situación de enclave, e, incluso, los de la servidumbre de acueducto¹¹⁴⁰, por cuanto en ambas se concede el derecho a conducir las aguas a través de un fundo ajeno.

¹¹³⁴ SCAEVOLA, M., *op. cit.*, p. 706; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 536; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 910.

¹¹³⁵ En este sentido, SSAP de Asturias de 18 de septiembre de 2006 (JUR 2006/287120) y de Palencia de 28 de diciembre de 2005 (JUR 2006/41738).

¹¹³⁶ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 736. En el mismo sentido, SAP La Rioja de 31 julio 2000 (JUR 2000/288697).

¹¹³⁷ CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 911.

¹¹³⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...VI*, cit., p. 290.

¹¹³⁹ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 737; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, pp. 191 y 192.

¹¹⁴⁰ SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., *op. cit.*, pp. 191 y 192.

Por lo dicho, aplicando el artículo 564 CC se debe indemnizar el valor del terreno que se ocupe y el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente. En este entendido, la SAP de Asturias de 13 de junio de 2001¹¹⁴¹ ordenó indemnizar el terreno que ocupará la instalación de la tubería y unos ciertos márgenes para la conservación y cuidado de aquella.

Asimismo, por aplicación del artículo 557 CC, la obligación indemnizatoria se extiende tanto a los dueños del predio sirviente como a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas, comprendiendo los conceptos antes estudiados a propósito de la servidumbre de acueducto. Así, la SAP de Badajoz de 21 de abril de 1995¹¹⁴² ordenó indemnizar “cuantos daños y perjuicios hubieran de producirse al predio sirviente y la “minusvaloración” que aquél hubiera de sufrir”.

Finalmente, el importe de la indemnización deberá determinarse equitativamente ponderando las circunstancias del caso, atendiendo más a la perspectiva de la entidad del gravamen que de la magnitud de la necesidad que se trata de satisfacer¹¹⁴³.

6.2.- Indemnización por el establecimiento de la servidumbre de paso

La servidumbre de paso puede considerarse, junto con la de acueducto, como el más antiguo de los derechos reales¹¹⁴⁴. En el Derecho romano, la servidumbre de paso se diversificó en tres especies: *iter*, *actus* y *via*: el *iter* era el derecho de utilizar el sendero a través del fundo vecino para pasar por él a pie, a caballo o en litera, y de navegar a través del lago sobre el fundo vecino para poder llegar a la finca situada enfrente; el *actus* era el derecho, concedido del poseedor de un fundo, de conducir sus propias bestias por el fundo de otro;

¹¹⁴¹ JUR 2001/237706

¹¹⁴² AC 1995/691

¹¹⁴³ CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 911.

¹¹⁴⁴ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho Civil común español*, Publicaciones de la U. de Murcia, Murcia, 1962, p. 35; MÉNDEZ DE LUGO, A., “La servidumbre predial forzosa de paso”, en *Las servidumbres* (director EDUARDO BAENA RUIZ), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 287.

por último, la *vía* consistía en el derecho a pasar sobre el fundo ajeno con toda clase de vehículos, o de arrastrar sobre él piedras o maderos.

Estas servidumbres de paso, realmente, no reunían los caracteres de servidumbre forzosa como se configuran en el Derecho actual. Tenían un carácter voluntario y no podían constituirse de modo coactivo. Verdaderamente, la servidumbre forzosa de caminos fue el *iter ad sepulcrum*, caso de que a quien tuviese un sepulcro en una finca había que cederle camino para ir a él. Como los romanos tenían, con frecuencia, sus sepulcros y monumentos funerarios aislados en los campos, se llegó a ordenar que el propietario del predio en el cual se hiciera el sepulcro, aun después de vendida la finca, debía reconocer sobre ella la servidumbre de ir a los sepulcros para cumplir con las solemnidades funerarias¹¹⁴⁵.

El Código Civil, dentro de las llamadas servidumbres legales, regula la servidumbre forzosa de paso en tres modalidades: la servidumbre de paso a favor del fundo enclavado (artículos 564 a 568 CC), la servidumbre transitoria de paso para posibilitar la construcción o reparación de un edificio, aunque también se recoge simultáneamente un derecho de ocupación temporal de finca ajena (artículo 569 CC) y la servidumbre de paso para ganados (artículo 570 CC)¹¹⁴⁶. Asimismo, debe tenerse en cuenta los supuestos en que el derecho de paso aparece establecido no con el carácter de servidumbre, sino como facultad accesoria de otras servidumbres, es decir, como facultad integrante de la posición jurídica que corresponde al titular de una servidumbre de distinta naturaleza, para la que el paso es necesario¹¹⁴⁷. Así sucede en la servidumbre de saca de agua y abrevadero o en la de acueducto.

¹¹⁴⁵ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 35; MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 287.

¹¹⁴⁶ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 417.

¹¹⁴⁷ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, pp. 178 y 179; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 417.

6.2.1.- Indemnización por el establecimiento de la servidumbre forzosa de paso a favor del fundo enclavado

Se encuentra reglamentada en los artículos 564 a 568 CC. El artículo 564 dispone que “(1) el propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización. (2) Si esta servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente. (3) Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen”.

Estas servidumbres tratan de impedir que quede una heredad completamente aislada y sin medios de comunicación con las vías públicas por las cuales ha de tener acceso y dar salida a sus productos, toda vez que de otro modo se haría imposible física y materialmente su disfrute. El fundamento de la servidumbre coactiva de paso es el de hacer posible o facilitar la explotación o goce de un fundo que por estar enclavado entre otros no tiene acceso a un camino público o lo tiene dificultado¹¹⁴⁸. Su fundamento general está, por tanto, en la necesidad de condicionar el destino económico de las cosas; un fundo aislado de toda comunicación con una vía pública, resultaría en una condición verdaderamente negativa para la adecuada utilización de sus aprovechamientos¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁸ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁴⁹ DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 327.

Responde esta servidumbre no sólo al interés particular del propietario del predio dominante, sino también a otro más trascendente y constitucionalmente recogido en el artículo 33.2 CE: la función social de la propiedad¹¹⁵⁰.

Los presupuestos para su establecimiento se han sistematizado de la siguiente forma: a) que se pida la servidumbre en beneficio de una finca; b) que la misma se halle enclavada entre otras; c) que los predios colindantes o intermedios pertenezcan a distintos propietarios; d) que no haya salida a camino público, y; d) indemnización previa¹¹⁵¹.

Con respecto al primer requisito, no cabe restringir el alcance de esta especie de servidumbre a las fincas rústicas y al interés de la agricultura. Puede tratarse de una finca urbana o para un servicio industrial¹¹⁵².

La segunda de las condiciones que toma en consideración el artículo 564 CC, es que la mencionada finca se encuentre encerrada o enclavada entre otras ajenas. Si el enclave o encierro no existe, la situación no es de paso forzoso¹¹⁵³. En la doctrina¹¹⁵⁴ se distingue entre la interclusión material e interclusión jurídica, afirmando que el Código Civil no sólo se atiene a la realidad física de la finca, sino que tiene en cuenta la situación personal de aquel que tiene derecho a su uso y disfrute, y reclama el paso. Así, desde el punto de vista jurídico no existiría enclave y, por ende, no cabría pedir constitución forzosa de servidumbre, en el caso en que la interclusión física apareciere inocua, en cuanto que el propietario o poseedor del fundo intercluido es a su vez dueño de otro colindante a través del cual puede acceder a camino público¹¹⁵⁵. En cambio, cuando una finca que por tener acceso directo a camino

¹¹⁵⁰ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 418; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 687; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 327.

¹¹⁵¹ CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pp. 816 y 817.

¹¹⁵² ROCA JUAN, J., *op. cit.*, pp. 183 y 184; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 687; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 419; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pp. 816; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., "Artículos 564 a 570", *Comentarios al Código Civil* (coordinador Joaquín Rams Albesa y coordinadora adjunta Rosa María Moreno Flórez), III, Bosch, Barcelona, 2001, p. 1026.

¹¹⁵³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...VI*, cit., p. 285.

¹¹⁵⁴ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, pp. 419 y 420.

¹¹⁵⁵ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, pp. 419 y 420; MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 292; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 816.

público no puede ser calificada técnicamente como “enclavada”, puede ser considerada como tal por lo dificultoso e insuficiente del camino para satisfacer las necesidades permanentes de la finca¹¹⁵⁶.

Así las cosas, finca enclavada a los efectos del artículo 564 CC es aquella que físicamente y por colindancias carece de acceso directo suficiente a camino público para satisfacer las necesidades de explotación del predio, siendo aquél sólo posible a través de otros predios de ajena pertenencia y sobre los que el titular del fundo enclavado carece de cualquier otro título que le permita efectuar el tránsito deviniendo por tanto imprescindible la constitución forzosa de servidumbre¹¹⁵⁷.

Sin embargo, cabe preguntarse si también está excluida jurídicamente la interclusión cuando su titular disfruta el acceso a través de un derecho personal derivado de una relación jurídica obligatoria con el propietario de un predio colindante. Se ha dicho que el derecho reconocido en el artículo 564 CC ha de fundarse en todo caso en la necesidad de establecer la servidumbre como único medio de obtener esa salida o comunicación de la finca enclavada, de tal manera que si el propietario ya tiene un derecho, cualquiera que fuere su naturaleza, que le permita tener acceso a una vía pública a través de cualquiera de los terrenos ajenos que circundan su predio, no podría reclamarse el derecho de imponer la servidumbre forzosa de paso¹¹⁵⁸. Por lo tanto, en cuanto el derecho personal permita el tránsito, sería suficiente para excluir la interclusión, pues la imposición de la servidumbre forzosa se fundamenta única y exclusivamente en el concepto de necesidad que en este caso no existe, ya que el titular del fundo enclavado tiene acceso basado en un derecho protegible, dotado de una suficiente estabilidad y permanencia y aquélla solamente surgirá en el momento de la extinción de la relación obligatoria al que habrá de remitirse la imposición coactiva¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁶ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 181; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 687; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 420; MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 292; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pp. 816; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, pp. 1028 y 1029.

¹¹⁵⁷ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 420.

¹¹⁵⁸ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pp. 85 y 86.

¹¹⁵⁹ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 431.

También surgen dudas si se configura la exigencia en comento cuando la interclusión es generada voluntariamente por el propietario de la heredad que quiere constituir la a su favor. Mayoritariamente se señala su improcedencia, ya que este gravamen debe fundarse en una necesidad real y no ficticia ni artificiosa que haga procedente la coacción de la ley respecto del derecho de propiedad¹¹⁶⁰. Minoritariamente se indica que lo anterior no es óbice para su imposición cuando existe una necesidad racional de salir al camino público. Esta tesis se funda en el artículo 567 CC, en la cual el propio titular por un acto voluntario genera la interclusión, lo que no obsta igualmente a conceder la servidumbre¹¹⁶¹.

Finalmente, en lo tocante al segundo requisito en estudio, es dable cuestionarse si puede excluirse la interclusión por la existencia de un paso meramente tolerado y no fundamentado propiamente en un derecho exigible, sino en la simple condescendencia del que permite el tránsito mantenido durante un largo período de tiempo. Se ha afirmado que la situación de enclave existe aun cuando exista una salida a camino público en los casos en que se utiliza sin título o con título precario, pues el paso meramente tolerado a través del predio ajeno no constituye la salida a camino público que la ley establece¹¹⁶².

En relación a que los predios colindantes o intermedios pertenezcan a distintos propietarios, se ha entendido que la finca debe encontrarse rodeada de toda clase de terrenos que no sean de propiedad del dueño que pretende exigir la constitución de la servidumbre de paso, aun cuando estos terrenos no sean de propiedad particular¹¹⁶³. La doctrina considera que la ajenidad debe entenderse en la perspectiva de quien solicita la servidumbre, lo cual permite concluir que si la reclama un usufructuario respecto del nudo propietario que es dueño del

¹¹⁶⁰ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op. cit.*, p. 681; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 87; ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 181; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, pp. 436 y 437; MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, pp. 293 y 294.

¹¹⁶¹ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, p. 1029. Esta misma solución se ha dado para el ordenamiento italiano por BIONDI, B., *op. cit.*, p. 1541.

¹¹⁶² ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 182; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 431; MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 292; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pp. 816 y 817.

¹¹⁶³ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 34; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, pp. 326 y 327.

fundo intermedio o colindante, existe la ajenidad requerida¹¹⁶⁴. De aquí también se infiere que el que puede solicitar su constitución es todo aquél que en virtud de un derecho real puede usar y cultivar el fundo¹¹⁶⁵.

Se plantea discusión en el caso que la heredad vecina pertenezca proindiviso al propietario de la finca enclavada. Unos la niegan, ya que desaparece el requisito de la ajenidad¹¹⁶⁶. En cambio, otros la aceptan fundándose en el artículo 597 CC, que exige la unanimidad para acceder al gravamen y sin advertirse cuál puede ser la obligación de los restantes partícipes para prestar el consentimiento¹¹⁶⁷.

En cuanto al presupuesto de que la finca enclavada debe carecer de acceso o salida a camino público, se ha entendido que debe entenderse en sentido amplio, ya que lo que quiere la ley es evitar que el dueño de un fundo no pueda circular libremente para uso y disfrute del mismo¹¹⁶⁸. Así, camino público no son solamente a las vías de comunicación pertenecientes a la Administración Pública, sino cualquier otro trayecto por donde se pueda circular libremente, sin que nadie lo obstaculice ni se irroque cualquier derecho de propiedad excluyente sobre él¹¹⁶⁹.

Asimismo, a los efectos de imposición forzosa de la servidumbre de paso, debe considerarse enclavado aquel cuyo único acceso se tendría que producir a través de una vía pública impracticable, ya se configura la situación de necesidad que contempla el artículo 564 CC¹¹⁷⁰. Además, cuando la salida al camino público no es segura ni practicable durante todas las estaciones del

¹¹⁶⁴ CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 817.

¹¹⁶⁵ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op. cit.*, p. 679; ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 183; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, pp. 327 y 328.

¹¹⁶⁶ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 687.

¹¹⁶⁷ CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 817.

¹¹⁶⁸ BIONDI, B., *op. cit.*, p. 1536; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 425; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 687.

¹¹⁶⁹ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 425; MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 293; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 817.

¹¹⁷⁰ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, pp. 426 y 427; MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 293; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 817.

año, debe considerarse existente el derecho a exigir la servidumbre de paso¹¹⁷¹.

En las condiciones anotadas, a fin de imponer la servidumbre se exige una indemnización previa a satisfacer por el titular del predio dominante, cuya cuantía se determinará de acuerdo con las reglas establecidas en los párrafos 2º y 3º del artículo 564 CC y con estricta sujeción a esta norma¹¹⁷².

Se plantea la interrogante si la indemnización es requisito de la constitución de la servidumbre o es requisito de su ejercicio. Se considera que la indemnización debe ser previa al ejercicio efectivo de la servidumbre en caso de constitución judicial, con lo cual el titular del predio sirviente puede oponerse a la realización de las actuaciones necesarias para transmitir la posesión del derecho sobre el fundo sirviente mientras la indemnización no haya sido satisfecha¹¹⁷³.

En todo caso, el pago de la indemnización no implica en modo alguno cesión de la propiedad del terreno afectado por el paso al dueño del predio dominante. Se trata de compensar al dueño de la finca sirviente de los perjuicios y molestias que el uso del paso le ocasiona: la indemnización materializa el gravamen, pero no afecta al derecho de dominio; merma únicamente una de sus facultades¹¹⁷⁴. No se trata de una enajenación o expropiación (y correlativa adquisición) de carácter temporal de esa parte del predio, sino de la simple pérdida del disfrute¹¹⁷⁵, puesto que de admitirse que la propiedad del suelo saliese del patrimonio del dueño del predio sirviente para entrar en el del dominante, quedaría constituida una servidumbre sobre cosa propia; porque el dueño del predio sirviente puede variar el sitio de paso en la hipótesis del artículo 545 CC; y porque la faja de terreno puede quedar libre en el supuesto

¹¹⁷¹ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 86.

¹¹⁷² LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 93; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 688; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 474.

¹¹⁷³ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 93; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, pp. 476 y 477; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 328; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, p. 1032; MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 294.

¹¹⁷⁴ DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 329.

¹¹⁷⁵ SAP de Zamora de 02 de junio de 2004 (JUR 2004/176124).

del artículo 568 CC, que no es el de la revocación de un derecho de propiedad, sino el de extinción de la servidumbre¹¹⁷⁶.

Conforme al texto del artículo 564, la indemnización será distinta según sea la finalidad¹¹⁷⁷, extensión del gravamen¹¹⁷⁸ o uso¹¹⁷⁹ para la que se pide la servidumbre: si se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente; cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen.

Estos dos criterios para establecer la indemnización tienen de común la aplicación del mismo principio: que su determinación no se realiza en consideración a la utilidad que la servidumbre encierra para el fundo dominante, sino en razón del perjuicio que sufre el sirviente, en razón de la necesidad por la cual se impone¹¹⁸⁰.

El valor del terreno ocupado no presenta especiales problemas al estar referido a valoraciones ordinarias de mercado en el momento de la sentencia, para lo cual habrá de tenerse en cuenta sus circunstancias urbanísticas, o bien, los precios medios del mismo según su calidad y situación a la fecha de constitución de la servidumbre¹¹⁸¹. Este concepto indemnizatorio relativo al valor corriente de la parte del fundo permanentemente ocupada o dejada inculpa por efecto de la constitución de la servidumbre, no es un precio sino una compensación económica por la ocupación: los derechos del titular del predio

¹¹⁷⁶ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 474.

¹¹⁷⁷ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁷⁸ LÓPEZ, J., "Un aspecto del artículo 568 del Código civil español: el reintegro de lo recibido por indemnización", en *ADC*, 1959, p. 1327.

¹¹⁷⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV...*, cit., 2010, p. 306.

¹¹⁸⁰ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 185; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pp. 93 y 94; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 475; LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 1325 y nota 9, p. 1326.

¹¹⁸¹ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 93; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 474; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 688; MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 294. En el mismo sentido, SAP de Zamora de 02 de junio de 2004 (JUR 2004/176124).

dominante sobre el lugar de tránsito no van más allá que el simple ejercicio de la servidumbre en los términos y para la finalidad que fue constituida, mientras que el titular del predio sirviente, en cuanto sea posible sin menoscabo del derecho real limitado, podrá seguir utilizando y sirviéndose de su inmueble en su integridad, incluido el terreno ocupado por el ejercicio de la servidumbre que continúa siendo de su exclusiva titularidad, sin restricción alguna y sin que tal uso y disfrute pueda suponer disminución alguna en la indemnización que por tal concepto le corresponde¹¹⁸².

En relación al importe de los perjuicios que ocasione la servidumbre, se ha señalado que no es más que el resarcimiento del daño patrimonial que el ejercicio e imposición del gravamen ocasiona en el predio sirviente o, lo que es lo mismo, la cantidad equivalente a la pérdida de valor que experimente el fundo como consecuencia del gravamen¹¹⁸³. Tales perjuicios han de basarse en datos objetivos, como la disminución del rendimiento del predio o la pérdida de valor del mismo por la existencia de la servidumbre, y sin considerar las molestias que subjetivamente pueda sufrir el titular del predio sirviente¹¹⁸⁴. Comprende, en consecuencia, no sólo el daño efectivo producido por el ejercicio del tránsito, sino la depreciación evidente del fundo sirviente por la imposición del gravamen¹¹⁸⁵. En este sentido, la SAP de León de 06 de julio de 2004¹¹⁸⁶ resolvió que lo indemnizable es el perjuicio que el gravamen ocasiona y que éste ha de limitarse a la depreciación que supone para la finca la existencia del gravamen y la merma de productividad derivada de la ocupación ocasional por los actores de una parte de la finca ocupada.

Tratándose de paso permanente, la indemnización de los daños y perjuicios comprende todos los daños causados por las obras necesarias para establecer

¹¹⁸² REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 474.

¹¹⁸³ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 475; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, p. 1036.

¹¹⁸⁴ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 475; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 688.

¹¹⁸⁵ MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 294; DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...VI*, cit., p. 285. Este último autor menciona que el requisito de la previa indemnización, en el artículo 564 CC, presenta indudable equívocidad, pues puede referirse al daño o perjuicio que se ocasione al predio sirviente como a la disminución del valor económico que pueda resultar al dueño del mismo.

¹¹⁸⁶ JUR 2004/257344.

en el predio sirviente un lugar de tránsito hábil para las necesidades del fundo dominante¹¹⁸⁷, debiéndose establecer en relación con el estado y aprovechamiento actual del predio y no con hipotéticos destinos que en el futuro pudieran verse afectados por la imposición de la servidumbre, ello sin perjuicio de tener en cuenta inminentes cambios de explotación o aprovechamiento¹¹⁸⁸.

En atención a que la indemnización es previa, este último concepto reparatorio alude al perjuicio inicial, al perjuicio previsible que ha de producirse: “así, por ejemplo, para el paso permanente se calculará la producción media de frutos del predio en la superficie de terreno para la que concretamente se haya de transitar, descontados, claro está, los gastos que se calcula habría de ocasionar su obtención; las mayores dificultades para el laboreo, en su caso, al no poder trazar los surcos en toda la longitud del predio, etc. Para el paso temporal se calculará... esas dificultades para el laboreo si las hubiere, como asimismo los posibles daños que dicho paso temporal pudiese originar en los frutos pendientes... si el predio sirviente es urbano se calculará la pérdida que supone el paso al titular pasivo, al no poder destinar el fundo a usos lucrativos en la parte afectada, o como consecuencia del paso, o al no poder obtener del terreno por el que se establezca la correspondiente renta que proporcionaría su cesión en arrendamiento”¹¹⁸⁹.

Por lo anterior, se señala que la indemnización previa no puede considerarse como la contrapartida de los daños y perjuicios que se causen al predio sirviente como consecuencia del efectivo ejercicio de la servidumbre: dichos daños que, de producirse, aparecerían con posterioridad a la constitución del gravamen, deberían ser indemnizados con arreglo a las reglas generales de

¹¹⁸⁷ Así, SAP de Soria de 14 de febrero de 1995 (*cfr.*, RIVERA SERRANO, M., *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*, segunda edición, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 120).

¹¹⁸⁸ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, pp. 475 y 476.

¹¹⁸⁹ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 94. En el mismo sentido, MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 294.

responsabilidad, en la medida que éstos hayan sido causados culposamente por el titular del predio dominante¹¹⁹⁰.

6.2.2.- Indemnización por el establecimiento de la servidumbre de paso temporal del artículo 569 CC

El artículo 569 CC reza: “si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroge”.

Se conoce también con el nombre de servidumbre de andamiaje¹¹⁹¹ o de paso de materiales de construcción¹¹⁹², aunque otros prefieren referirse a ella como un caso de supresión temporal del derecho de exclusión¹¹⁹³. Se trata de una institución discutida tanto en cuanto a su naturaleza jurídica como a su correcto sentido y alcance.

La primera cuestión que debe resolverse es si el paso que consagra el artículo 569 se trata de una auténtica servidumbre o si, por el contrario, constituye un límite al derecho de dominio. Un importante sector doctrinario estima que no se trata de una servidumbre, sino que es un límite del dominio consistente en la supresión temporal de la facultad de exclusión inherente al propietario de una finca¹¹⁹⁴. El argumento principal que da la doctrina para sostener tal conclusión se basa en la ausencia del requisito de la permanencia, que se predica como uno de los caracteres que conforman la naturaleza jurídica de toda servidumbre¹¹⁹⁵.

¹¹⁹⁰ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, pp. 1036 y 1037; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, nota 70, p. 475.

¹¹⁹¹ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 224.

¹¹⁹² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...VI*, cit., p. 282.

¹¹⁹³ *Vid.* DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 384.

¹¹⁹⁴ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 195; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 692; MÉNDEZ DE LUGO, A., *op. cit.*, p. 316.

¹¹⁹⁵ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, p. 1043. El mismo autor expone que dicha idea de permanencia tiene su origen en la causa perpetua exigida en el Derecho romano pero superada hoy, por lo que no debe interpretarse en la actualidad como imposibilidad de constituir servidumbres temporales sino, más bien, como imposibilidad de constituir servidumbre para un hecho aislado o esporádico. Con lo que no habría obstáculo dogmático

Pero también se le ha calificado y defendido como una servidumbre por otro grupo nutrido de autores¹¹⁹⁶. Se dan como argumentos que nada obsta para considerar que el artículo 569 CC pueda constituir una modalidad del régimen de servidumbre forzosa de paso y que, salvo por la cuestión de tiempo, no se aprecian diferencias entre los supuestos de hecho del artículo 564 CC y del artículo 569 CC¹¹⁹⁷.

La importancia de su calificación no es baladí, desde que de ella dependerá si aquel que necesite pasar por la finca ajena o colocar andamios o materiales en la misma pueda hacerlo libremente, sin autorización, o bien, deba solicitar el paso, sea al titular de la finca, sea a la autoridad judicial. Sin perjuicio de lo anterior, quienes estiman que se trata de un límite del dominio y, por lo mismo, debieran entender como factible la posibilidad de pasar esporádicamente sin necesidad de autorización alguna sobre finca ajena –tal como el artículo 612 CC lo permite en la persecución del enjambre de abejas, antes analizado– les parece razonable pedir o exigir judicialmente el paso cuando se aprecie necesidad¹¹⁹⁸. Lo cual se entiende porque en el caso de colocación de andamios o de objetos necesarios para la construcción del edificio se privaría al legítimo poseedor de la finca de su derecho durante un tiempo considerable¹¹⁹⁹.

El Código refiere la necesidad del paso o colocación de andamios u otros objetos solamente para la construcción o reparación de edificios. No obstante se ha defendido su aplicación analógica¹²⁰⁰ a los supuestos en que se trate de

alguno para considerar a la norma del artículo 569 CC como una auténtica servidumbre temporal.

¹¹⁹⁶ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op. cit.*, p. 691; SCAEVOLA, M., *op. cit.*, p. 586; DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...VI*, cit., pp. 281 y 282; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 384, el cual señala como partidarios de esta tesis a CASTÁN TOBEÑAS, BONET Y SANTOS BRIZ; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, pp. 1043 y 1044; RIVERA SERRANO, M., *op. cit.*, p. 188.

¹¹⁹⁷ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, pp. 1043 y 1044.

¹¹⁹⁸ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 196.

¹¹⁹⁹ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, p. 1043.

¹²⁰⁰ En contra se manifiesta DíEZ-PICAZO, quien señala que el precepto tiene alcance restrictivo (DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...VI*, cit., p. 282).

construir o reparar una pared o muro, pozo, etc., o para una demolición¹²⁰¹; como también que los términos “construcción” y “reparación” deben ser interpretados en un sentido amplio, incluyendo las obras de refacción, mejora y demolición de cualquier construcción o demolición¹²⁰².

En todo caso, para que el dueño del predio sirviente esté obligado a permitir el paso, es preciso que sea indispensable para construir o reparar algún edificio. La locución indispensable significa aquello que es necesario hasta el punto de que no se puede obtener de otro modo, sin grave dificultad o a un coste económicamente irrealizable¹²⁰³, no bastando con que sea útil o conveniente¹²⁰⁴. Naturalmente que lo que ha de ser indispensable es el paso o la colocación de andamios u otros objetos, no la obra en sí misma¹²⁰⁵, sobre cuya oportunidad nada puede oponer el titular pasivo, tanto en cuanto a la construcción como por lo que se refiere a la reparación.

Ahora bien, el dueño que debe soportar el paso o la ocupación tiene derecho a ser indemnizado del perjuicio que se le irroga, de lo cual se infiere que el pago de aquella no es un presupuesto de la servidumbre, puesto que su fijación es *a posteriori*¹²⁰⁶; y, de no existir daños, no habrá indemnización alguna que satisfacer¹²⁰⁷. Se indica que la indemnización previa se exige por la pérdida de valor que objetivamente provoca en el predio sirviente la constitución indefinida del gravamen, mientras que en la servidumbre en comento, por ser de carácter temporal, dicha pérdida no se produce¹²⁰⁸.

LUCAS FERNÁNDEZ ha sostenido que dicho paso o colocación de andamios u otros objetos no debe ocasionar un grave daño al predio sirviente,

¹²⁰¹ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 226; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 822; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 385.

¹²⁰² BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 693.

¹²⁰³ CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 822; ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 196.

¹²⁰⁴ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 226.

¹²⁰⁵ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 226; ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 196; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 822; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, p. 1044.

¹²⁰⁶ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 196; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 385; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 693; CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 822; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, p. 1044.

¹²⁰⁷ CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 822.

¹²⁰⁸ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, p. 1044.

desproporcionado a la importancia de la obra que se pretende, porque se daría entonces una colisión de derechos en la que necesariamente habría de vencer el del dueño o titular del goce del predio sirviente¹²⁰⁹. Lo anterior, porque aunque graven temporalmente un fundo, permiten aumentar permanentemente el valor de otro fundo (dominante) y acrecentar la riqueza nacional; pero la *ratio iuris* del precepto en examen no se daría en la presente hipótesis.

Se ha contestado la anterior afirmación por parte de ROCA JUAN, quien estima que no parece que deba ser aceptado el criterio del perjuicio proporcional a la importancia de la obra, ya que esta proporcionalidad se encuentra en el presupuesto básico de exigibilidad de la norma en estudio (la ocupación o el paso han de ser indispensables) y, por lo mismo, reducido también a lo indispensable; el problema se presentaría cuando la obra a realizar haga indispensable el casi total sacrificio del predio cuyo dueño deba soportarlo¹²¹⁰.

Entendemos que si los daños provocados lo son en el normal ejercicio del paso o de la ocupación, ellos deberán ser reparados en conformidad al artículo 569 CC, independiente de su mayor o menor intensidad. Ésta última variable sólo influirá en el *quantum* de la compensación. Pero, si con culpa o negligencia, se han causado otros daños ajenos al normal ejercicio del paso o de la ocupación, ellos deberán ser reparados conforme a las reglas generales de responsabilidad (artículo 1902 CC), así como también cuando se ocasionen perjuicios por haberse sobrepasado manifiestamente los límites normales del ejercicio de este derecho, al amparo del artículo 7.2 CC¹²¹¹.

¹²⁰⁹ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 227.

¹²¹⁰ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, pp. 196 y 197.

¹²¹¹ En sentido similar se pronunciaba antes de la modificación al Título Preliminar del CC LUCAS FERNÁNDEZ: "naturalmente que lo que ha de ser indispensable es el paso o la colocación de andamios u otros objetos, no la obra en sí misma, sobre cuya oportunidad nada puede oponer el titular pasivo, tanto en cuanto a la construcción como por lo que se refiere a la reparación, sin perjuicio de que pueda demostrar que al pretender determinadas reparaciones el titular activo realiza un acto de emulación, acto abusivo sancionado con carácter general por el art. 1902 del Código civil y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo" (LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 226).

6.3.- Naturaleza de la indemnización por el establecimiento de las servidumbres estudiadas

Se ha discutido en doctrina si la indemnización de perjuicios que disponen las normas antes estudiadas constituye una contraprestación por la constitución de la servidumbre o, por el contrario, lo es por el daño que sufre el predio sirviente con motivo de su constitución¹²¹². Dicha problemática se relaciona con la consecuencia que genera el incumplimiento del pago de la indemnización por parte del dueño del predio dominante, hipótesis difícilmente posible en los supuestos de constitución forzosa en vía judicial, pero sí perfectamente admisible en los casos de constitución mediante título en el que se ha establecido la indemnización, y que no es otra que ésta: ¿es factible la resolución de la constitución de la servidumbre?

En el sistema italiano, BRANCA, sobre la base de estimar que la sentencia, como título, sustituye al contrato, considera natural que tenga el mismo carácter que éste; de tal manera que la indemnización determinada en la sentencia presenta el mismo carácter de contraprestación que tiene en el contrato y, por lo mismo, debe considerarse como sinalagmática la relación entre servidumbre e indemnización¹²¹³. Todo lo cual le lleva a afirmar la plena aplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*¹²¹⁴.

La tesis anterior ha sido rechazada por BIONDI, quien niega la existencia de tal relación sinalagmática, desde que no media la relación característica de interdependencia recíproca entre ambas, según la cual una obligación no puede existir y subsistir sin la otra¹²¹⁵. Por lo tanto, niega la posibilidad de la resolución de la servidumbre, realizando la siguiente pregunta: ¿cómo se reduce a la nada una relación constituida por una sentencia?¹²¹⁶

¹²¹² BIONDI, B., *op. cit.*, pp. 1411 y ss.; BRANCA, G., *op. cit.*, pp. 79 y ss.; REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, pp. 478 y 479.

¹²¹³ BRANCA, G., *op. cit.*, p. 80.

¹²¹⁴ BRANCA, G., *op. cit.*, p. 81.

¹²¹⁵ BIONDI, B., *op. cit.*, p. 1412.

¹²¹⁶ BIONDI, B., *op. cit.*, p. 1413.

En el ordenamiento español, salvo la opinión aislada de LUCAS FERNÁNDEZ para las servidumbres constituidas por contrato¹²¹⁷, parece existir consenso que la indemnización guarda correspondencia únicamente con los daños y perjuicios que la imposición de la servidumbre reporta al titular del fondo gravado¹²¹⁸. Por ello, en caso de incumplimiento del pago de la indemnización, ha de sostenerse que el propietario del fondo sirviente no tiene acción de resolución por incumplimiento y sí sólo la posibilidad de oponerse al ejercicio de la servidumbre.

En efecto, ya hemos visto que cuando la ley ha exigido la indemnización previa, la doctrina ha indicado que el efecto que tiene su no pago es que el titular activo de la misma no puede ejercitarla mientras no satisfaga o afiance su importe. A la misma conclusión llegamos en los casos en que la ley exige el pago de los perjuicios “irrogados” (como en la servidumbre de paso temporal del artículo 569 CC o, como ha entendido la doctrina, respecto de los daños ocasionados por la servidumbre de acueducto a los propietarios de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas, que lo son con motivo de su ejercicio pero no de su constitución), en que tales daños son posteriores al establecimiento de la servidumbre.

Pareciere ser que el pago del perjuicio ocasionado era lo que tenía en mente GARCÍA GOYENA. Al efecto, respecto de la servidumbre de paso, éste nos decía: “la indemnización se ha de medir por los perjuicios ocasionados con la servidumbre al dueño de la finca gravada, no por la utilidad mayor o menor que reporta de aquel a cuyo favor se constituye la servidumbre”¹²¹⁹.

En todo caso, el perjuicio que se repara con la “indemnización” dispuesta por la ley con ocasión de las servidumbres examinadas, lo son de un daño no antijurídico¹²²⁰. Esta compensación económica impuesta al autor del daño –el beneficiado con el establecimiento de la servidumbre– no puede relacionarse

¹²¹⁷ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 95, quien admite en dicho caso el ejercicio de la correspondiente acción resolutoria.

¹²¹⁸ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 479; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., *op. cit.*, p. 1417.

¹²¹⁹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo I, Editorial Base, Barcelona, 1973, p. 438.

¹²²⁰ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 693.

con la violación de un deber de comportamiento, ya que las normas permisivas de los textos legales autorizan el comportamiento dañoso y excluyen la correspondiente antijuridicidad¹²²¹.

Lo anterior no significa que el beneficiado con la servidumbre pueda ocasionar cualquier clase de daños con motivo del establecimiento y ejercicio de la misma, sino sólo aquellos emanados del normal ejercicio de la misma. Los demás daños generados podrán ser reparados conforme a las reglas generales de responsabilidad, sea porque se causaron con culpa o negligencia (artículo 1902 CC), sea porque se han sobrepasado manifiestamente los límites normales del ejercicio de la servidumbre (artículo 7.2 CC)¹²²².

7.- Las indemnizaciones previstas en los supuestos de unión de bienes o accesión de buena fe

Según DÍEZ-PICAZO, después de haber aislado los casos de edificación, plantación y siembra, los de especificación y los de mezcla, la figura de la “unión de cosas” queda perfectamente delimitada en la hipótesis contemplada en el artículo 375 CC: “cuando dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola...”¹²²³.

El mismo autor¹²²⁴ señala que el conflicto que se plantea cuando las cosas que se unen pertenecen a distintos propietarios lo resuelve el CC de la siguiente forma: a) otorgando a cada uno de los propietarios de las cosas unidas un derecho a exigir la separación, siempre que ésta pueda producirse sin detrimento o aunque se origine algún detrimento cuando la cosa accesoria sea más preciosa que aquella a la que ha sido unida para su embellecimiento o perfección; b) atribuyendo el conjunto, y por tanto la cosa accesoria, al dueño de la principal, en la unión realizada de buena fe, con una indemnización del valor al dueño de la cosa accesoria; c) perdiendo el dueño de la cosa accesoria

¹²²¹ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 174.

¹²²² En el mismo sentido, BUONAURO, C., *op. cit.*, p. 261.

¹²²³ DÍEZ-PICAZO, L., “La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión”, en *RCDI*, N°455 (1966), p. 856.

¹²²⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 857.

que hubiese realizado la unión de mala fe la cosa incorporada e indemnizando al propietario de la principal los daños y perjuicios que hubiese sufrido; y, d) concediendo al dueño de la cosa accesoria un derecho de opción, entre exigir el valor de la misma o la separación, cuando la unión hubiese sido hecha de mala fe por el dueño de la cosa principal.

Nuestro objeto de estudio estará constituido únicamente por aquellos casos en que la ley ordena el pago de una indemnización no obstante existir una actuación de buena fe de todas las partes o de alguno de ellos. No nos pronunciaremos sobre las indemnizaciones concedidas por actuaciones de mala fe en esta materia, ya que ellas, normalmente, se reglarán por las reglas generales de responsabilidad civil.

Para tales efectos, nos valdremos –en lo concerniente al objeto de nuestro análisis– de la clasificación que hace la doctrina de las diferentes clases de accesión: de mueble a inmueble y de mueble a mueble.

7.1.- Accesión de mueble a inmueble

Esta clase de accesión se refiere a que determinados bienes muebles, como materiales de obra, plantaciones o semillas, se incorporan al suelo mediante su edificación, plantación o siembra (*inaedificatio*, *plantatio* y *satio* en las fuentes romanas¹²²⁵).

El principio general se enuncia en el artículo 358 CC: “lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”. Con lo cual lo principal es el suelo y lo accesorio la construcción, plantación o siembra.

Para facilitar la posición del titular dominical del suelo, la ley contempla una presunción *iuris tantum* a su favor en el artículo 359 CC: “todas las obras,

¹²²⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV...*, 2007, cit., p. 124.

siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario”.

Se acostumbra a distinguir las siguientes hipótesis de accesión de mueble a inmueble: a) en suelo propio con materiales ajenos; b) con materiales propios en suelo ajeno; c) en suelo ajeno con materiales ajenos. Sólo nos referiremos a las dos primeras, puesto que la última no altera las reglas de la accesión determinadas conforme a aquellas y solamente establece una responsabilidad subsidiaria que garantiza el cobro del valor de los materiales al tercero propietario de los mismos, siempre que sea de buena fe¹²²⁶.

7.1.1.- Accesión de mueble a inmueble en suelo propio con materiales ajenos por parte del propietario de buena fe

El artículo 360 CC señala que “el propietario del suelo que hiciere en él, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y, si hubiere obrado de mala fe, estará, además, obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. El dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos sólo en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construida, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones u obras ejecutadas”.

No nos detendremos aquí en el supuesto del propietario que actúa de mala fe, pues el resarcimiento de los daños y perjuicios que ordena la norma lo es sobre la base del daño y la culpa¹²²⁷ y, por lo mismo, sujeta a las reglas generales de responsabilidad por acto ilícito, ajenas a nuestra hipótesis de estudio¹²²⁸.

¹²²⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 141; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículos 353 y ss.”, en *Comentarios al Código Civil* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 505; MEDINA DE LEMUS, M., “Artículos 358 a 374”, en *Comentarios al Código Civil, III* (coordinador JOAQUÍN RAMS ALBESA y coordinadora adjunta ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2001, p. 230.

¹²²⁷ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, quinta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 301.

¹²²⁸ BASOZABAL ARRUE puntualiza que la mención de la mala fe en el artículo 360 CC no exonera de responsabilidad a quien causa un daño culposamente con su actuar, es decir, no excluye la culpa como criterio de imputación: simplemente presume la existencia de éste en quien actúa de mala fe (BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 287).

En el presente caso nos encontramos frente a un acto objetivamente ilícito, pues constituye una apropiación de cosas ajenas, que conduce, sin embargo, a una creación de riqueza y de utilidad social¹²²⁹. Es un supuesto de intromisión por usurpación de cosa ajena¹²³⁰, ya que es un enriquecimiento obtenido a costa de bienes ajenos, siendo, además, definitivo del mismo el que es el propio enriquecido quien ha provocado la atribución mediante una injerencia en asunto ajeno¹²³¹.

Para que tenga lugar este supuesto y, en definitiva, se consume la pérdida del dominio de los materiales de su titular, se requiere la incorporación irreversible de los materiales y la imposibilidad de separación sin menoscabo o perecimiento¹²³². El menoscabo ha de valorarse una vez retirados los materiales, entendiéndose que el criterio económico es el decisivo para considerarlo como tal¹²³³.

Esta norma, más que una regla de atribución del derecho de propiedad de las cosas incorporadas, contempla fundamentalmente una regla de restitución del valor de aquéllas¹²³⁴, ya que lo que persigue es, principalmente, ser la vía de solución de un conflicto de intereses¹²³⁵. En efecto, el anterior dueño de los materiales tiene un derecho de crédito contra el dueño del terreno dirigido a obtener el abono del valor de los mismos¹²³⁶, siempre y cuando haya actuado de buena fe. La buena fe consiste en la ignorancia del alcance ilícito de los actos realizados y en la creencia de su legitimidad¹²³⁷.

¹²²⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 853; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., "Artículos 353 y ss.", en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo 3, Bosch, Barcelona, 2000, p. 153.

¹²³⁰ BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, pp. 280 y 281.

¹²³¹ CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1986, p. 112.

¹²³² SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 153; MEDINA DE LEMUS, M., *op. cit.*, p. 189.

¹²³³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 131; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss. ...*, cit., p. 499.

¹²³⁴ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 234; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss. ...*, cit., p. 498.

¹²³⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 839; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 268.

¹²³⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 853; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV...*, 2007, cit., p. 126.

¹²³⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 846; ALONSO PÉREZ, M., "Artículos 353 y ss.", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director Manuel Albaladejo), tomo V,

Respecto de este abono, la doctrina estima que se trata de una deuda de enriquecimiento, que nace de la atribución patrimonial de los materiales al dueño del suelo¹²³⁸. La restitución del valor de los materiales usurpados corresponde a la medida de reintegración del derecho de propiedad sacrificado¹²³⁹, lo que supone no tener en cuenta ni el valor subjetivo que tuvieren para su propietario ni el provecho real que haya causado en el patrimonio del incorporador¹²⁴⁰.

En cuanto al momento en que debe considerarse el valor de los materiales, debe contemplarse el existente al tiempo en que fueron utilizados por el constructor: si éste los mejora o acondiciona antes de proceder a la incorporación, el mérito debe ser suyo y no del propietario de los mismos¹²⁴¹. La medida de restitución es objetiva y queda determinada por el valor que tuvieran los materiales en el momento de ser utilizados¹²⁴², si bien actualizado al día de cumplimiento de la obligación restitutoria por tratarse de una deuda de valor¹²⁴³. Se puntualiza que no debe estarse a su consideración aislada estando apilados o en almacén, ya que no es lo mismo un trozo de piedra que una gárgola de ella¹²⁴⁴.

Se señala, en línea de principio, que el abono del valor de los materiales pesa sobre el propietario, que es quien, en definitiva, los adquiere y se enriquece, aunque la incorporación de aquellos fuere realizada por un tercero (“por otro”)¹²⁴⁵.

volumen 1º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, p. 256; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 153; MEDINA DE LEMUS, M., *op. cit.*, p. 189.

¹²³⁸ Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 854; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 499; MEDINA DE LEMUS, M., *op. cit.*, p. 189.

¹²³⁹ BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 284.

¹²⁴⁰ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 113.

¹²⁴¹ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, tomo III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1893, p. 164; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, pp. 284 y 285.

¹²⁴² ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 256; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 499; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV...*, 2007, cit., p. 126; MEDINA DE LEMUS, M., *op. cit.*, p. 189; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 285.

¹²⁴³ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 232; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 285.

¹²⁴⁴ MEDINA DE LEMUS, M., *op. cit.*, p. 189.

¹²⁴⁵ Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 854; ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 257;

En consecuencia, el efecto de la actuación de buena fe del propietario del suelo no persigue sólo evitar la sanción correspondiente a un ilícito determinado; sino configurar una determinada relación jurídica que surge desequilibrada y que, como provoca un enriquecimiento injusto, procura restablecer el equilibrio patrimonial roto¹²⁴⁶.

Debe destacarse que esta solución no ha estado exenta de críticas, porque parece legitimar la intervención del *dominus solis* en la suerte y fortuna de los materiales ajenos, extralimitando las consideraciones acerca del valor de los bienes inmuebles; por lo que se ha propuesto que incluso actuando de buena fe, además, sea condenado al resarcimiento de daños y perjuicios¹²⁴⁷.

7.1.2.- Accesión de mueble a inmueble con materiales propios en suelo ajeno efectuada por el constructor de buena fe

Se encuentra reglamentada en el artículo 361 CC: “el dueño del terreno en que se edifique, sembrare o plantare de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente”.

El CC, en los artículos 361 y ss., para solucionar esta hipótesis distingue entre la buena o mala fe del constructor. Sólo nos referiremos a la primera, puesto que en la segunda no se concede indemnización alguna a aquél.

La buena fe consiste en una errónea creencia nacida de un error excusable sobre el dominio del suelo en que se construye o en una errónea creencia, del mismo cariz, sobre el alcance del título que el constructor ostenta: el constructor cree que su título le faculta para construir¹²⁴⁸.

¹²⁴⁶ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 153.

¹²⁴⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV...*, 2007, cit., p. 126.

¹²⁴⁸ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III...*, cit., p. 301.

A diferencia del artículo 360 CC, no es el que toma la iniciativa quien resulta enriquecido por la utilización de un bien ajeno, sino que es la iniciativa del constructor la que enriquece al dueño del suelo. Por lo anterior, la labor del artículo 361 CC es buscar un equilibrio entre el interés del dueño del suelo en no salir perjudicado por la intromisión y el interés del constructor en no perder el resultado de su iniciativa y esfuerzo¹²⁴⁹. De allí que se le califique como una norma de compensación¹²⁵⁰.

La principal discusión sobre el alcance de esta disposición versa sobre el momento en que se adquiere la propiedad de lo edificado, sembrado o plantado en terreno ajeno. Un sector doctrinal minoritario estima que la accesión regulada por el artículo 361 CC se produce automáticamente¹²⁵¹. Interpretan el enunciado “derecho a hacer suya” como adquisición de la posesión, no como adquisición de la propiedad. La propiedad de lo construido o plantado sería del propietario del terreno automáticamente, pero no podría apoderarse de ello puesto que el tercero tendría un derecho de retención de la posesión (artículo 453 CC) hasta recibir la compensación de sus gastos.

No obstante, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entienden que la adquisición de lo construido no es automática, puesto que depende de dos cosas: de la opción del dueño del terreno por la propiedad de lo construido y del previo pago¹²⁵². Sin estas condiciones, lo construido, sembrado o plantado no es del propietario del suelo, sino del tercero; por lo tanto, no puede gravarlo ni realizar actos de disposición.

¹²⁴⁹ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, pp. 115 y 116; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 301.

¹²⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 500.

¹²⁵¹ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., pp. 265 y ss.; NUÑEZ BOLUDA, M., “La posible atribución de un nuevo derecho al edificante de buena fe”, en *AC*, N°10 (1995), p. 207. Recientemente CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “El automatismo en la accesión inmobiliaria”, en *RCDI*, N°729 (2012), pp. 53 y ss. Debe destacarse que DE ÁNGEL YAGÜEZ considera más convincente esta tesis, pero se decanta por la contraria, ya que conforme a la opinión de GARCÍA GOYENA “el precepto antecedente del artículo 361 se consideraba una excepción a la regla general de la accesión (que como tal, en principio, es automática)” (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 CC”, en *DLL*, 1985, La Ley 20126/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 12 marzo 2015), pp. 16 y 17).

¹²⁵² DIEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., pp. 850 y 851; BONET BONET, F., “Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo”, en *RGLJ*, tomo LXIII (1971), p. 116; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 134; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 501.

Por ende, conforme a la doctrina mayoritaria, el dueño del terreno ostenta un derecho potestativo o de configuración jurídica, esto es, un poder de decidir mediante un acto de su voluntad la situación jurídica general del fundo¹²⁵³, a saber: a) adquirir lo construido o plantado, indemnizando al constructor conforme a los artículos 453 y 454 CC, o; b) obligar al constructor o a quien plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró a pagarle por el disfrute temporal la renta correspondiente. Mientras no se ejercite la opción, existen dos derechos de propiedad: el del incorporante, dueño de la obra, plantación o siembra, y el del *dominus soli*, que conserva la propiedad del terreno¹²⁵⁴.

Si el dueño del terreno opta por hacer suya la obra, siembra o plantación, deberá indemnizar al incorporante de la forma establecida en los artículos 453 y 454 CC. Se destaca que este derecho del edificante no es una acción de indemnización, ya que el pago ordenado por la norma no busca resarcir un daño, sino corregir un desplazamiento patrimonial sin causa¹²⁵⁵. En contra se sostiene su pleno carácter indemnizatorio, ya que no puede considerarse como un simple precio o cantidad pecuniaria de lo gastado, puesto que deberán considerarse los aumentos de valor que experimenta la finca por tales mejoras¹²⁵⁶. Asimismo, se dice que el artículo 361 CC no otorga una acción de enriquecimiento, ya que la protección que el poseedor merece le es concedida no precisamente por el hecho de haber realizado un dispendio, sino por la circunstancia bien distinta de haberlo realizado de buena fe¹²⁵⁷.

Cualquiera que sea la tesis que se adopte, deberán abonarse los gastos mencionados en los artículos 453 y 454 CC en función de su calificación como

¹²⁵³ DíEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 850; GARRIDO PALMA, V.M., “¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie”, en *RDN*, N°LXIII (1969), p. 132; SERRANO ALONSO, E., “La accesión bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 CC”, en *RDP*, enero 1981, p. 681; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 501; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 157.

¹²⁵⁴ GARRIDO PALMA, V.M., *op. cit.*, p. 133; DíEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1995, p. 130; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 133.

¹²⁵⁵ NUÑEZ BOLUDA, M., *op. cit.*, p. 212.

¹²⁵⁶ BONET CORREA, J., “El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias”, en *ADC*, tomo XXXI (1978), pp. 456 y 457.

¹²⁵⁷ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 158.

necesarios, útiles o suntuarios¹²⁵⁸, para lo cual deberá estarse a la necesidad, utilidad o adjetividad, objetivamente consideradas, que representen respecto del suelo¹²⁵⁹. En todo caso, se advierte, siempre y cuando el provecho en que se hubieren materializado siga existiendo al tiempo de la restitución (artículo 458 CC)¹²⁶⁰.

Se añade que, aunque los artículos 361 y ss. CC no lo digan de manera expresa, el dueño del suelo también tiene acción para reclamar los daños causados por el edificante, la cual debería conducirse por las reglas de los artículos 1902 y ss. CC, salvo que las partes estén ligados por un vínculo contractual¹²⁶¹.

Ahora bien, si el propietario del suelo opta por el precio o la renta, según los casos, no hay una verdadera accesión: “en rigor, aquí nos encontramos en presencia de una compraventa del suelo, que es unilateralmente forzosa o excepcionalmente, cuando se trata de una siembra, de un arrendamiento. El dueño del suelo puede imponer al constructor una compraventa o un arrendamiento”¹²⁶².

En el caso de la venta, el precio del terreno no es de libre determinación por ninguna de las partes interesadas, puesto que habrá que atenerse al justo valor fijado de común acuerdo por las partes o, en subsidio, por la justicia¹²⁶³. Este valor no es el que tuviere el terreno a la fecha en que se efectuó la construcción, sino al momento en que el dueño del suelo exige la compraventa¹²⁶⁴.

¹²⁵⁸ Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., pp. 851 y 852; ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss.*, cit., pp. 261 y 262; CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, pp. 165 y 166; NUÑEZ BOLUDA, M., *op. cit.*, p. 212; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 305.

¹²⁵⁹ BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, nota 305, p. 305.

¹²⁶⁰ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 240; SERRANO ALONSO, E., *op. cit.*, p. 682; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 135; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 305.

¹²⁶¹ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss.*, cit., p. 261; SERRANO ALONSO, E., *op. cit.*, p. 680; NUÑEZ BOLUDA, M., *op. cit.*, p. 210.

¹²⁶² Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 852.

¹²⁶³ NUÑEZ BOLUDA, M., *op. cit.*, p. 209.

¹²⁶⁴ *Ídem*.

También, se indica que en este caso el constructor puede renunciar a su derecho, abandonando la construcción, plantación o siembra en manos del dueño del terreno y renunciando a cualquier indemnización; pero librándose de la compraventa o arrendamiento forzoso¹²⁶⁵. Las razones de ello se encuentran en que no puede exigírsele más que al tercero de mala fe del artículo 362 CC y en la regulación de las mejoras hechas por el poseedor de buena fe.

Finalmente, la doctrina pone de manifiesto que el artículo 361 CC no alude a la buena o mala fe del dueño del suelo, interpretándose que aunque esté de mala fe el precepto sigue aplicándose (su mala fe sólo serviría para “compensar” la mala fe del incorporante conforme el artículo 364 CC)¹²⁶⁶. Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida en este punto. Según ALBALADEJO, en este caso debería invertirse la accesión, permitiendo que adquiriera la propiedad del suelo el tercero, sin necesidad de abonar el valor de la misma¹²⁶⁷. En contra, se sostiene que esta solución se encuentra alejada del criterio del CC y que parece más razonable atenuar los efectos del artículo 361 CC, por ejemplo, declarando la imposibilidad de que el dueño de mala fe opte entre el incremento de valor o el importe de los gastos del tercero¹²⁶⁸.

7.2.- Accesión de mueble a mueble

Los artículos 375 y ss. CC disciplinan el “derecho de accesión respecto a los bienes muebles”, recogiendo tres institutos muy diversos entre sí: a) la unión o accesión mobiliaria propiamente dicha (artículos 375 a 380 CC); b) la mezcla o confusión (artículos 381 y 382 CC), y; c) la especificación (artículo 384 CC).

¹²⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 136; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 501.

¹²⁶⁶ GARRIDO PALMA, V.M., *op. cit.*, p. 118; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 501.

¹²⁶⁷ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, volumen primero, sexta edición revisada por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, Bosch, Barcelona, 1989, p. 316.

¹²⁶⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 502.

Sólo la unión es verdadera accesión de muebles: las otras dos figuras se rigen por criterios diversos, suponen instituciones diferentes y debieran tener su sede sistemática en sección aparte¹²⁶⁹.

No nos referiremos a la mezcla o confusión, desde que su regulación reglamenta o bien la formación de un condominio (artículo 381 CC), o bien la pérdida de la pertenencia mezclada o confundida por el que hizo la mezcla de mala fe más la indemnización de los perjuicios causados (artículo 382 CC), hipótesis ajenas a nuestro objeto de estudio, desde que, además, la indemnización ordenada por el artículo 382.3 CC lo es por acto ilícito, ya que su reclamación se conduce por las normas de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC¹²⁷⁰.

7.2.1.- La unión o accesión mobiliaria propiamente dicha

El artículo 375 CC enuncia que “cuando dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola sin que intervenga mala fe, el propietario de la principal adquiere la accesoria, indemnizando su valor al anterior dueño”.

Esta norma consagra una regla básica que rige tanto a la accesión mobiliaria como inmobiliaria: *accessorium sequitur principale*, suponiendo una forma *ipso iure* de adquirir la propiedad por la superior atracción o prevalencia de la cosa principal que atrae a su órbita a la cosa secundaria (*mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit*)¹²⁷¹. Este principio es desarrollado bajo los siguientes lineamientos: a) hay un principio de atribución de la propiedad de la nueva cosa al dueño de lo principal, y; b) un principio de compensación económica del valor al propietario que pierde la cosa con tal atribución¹²⁷².

¹²⁶⁹ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 309.

¹²⁷⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 518.

¹²⁷¹ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 309.

¹²⁷² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 512.

Para que tenga lugar la unión o conjunción, se requiere según la doctrina¹²⁷³: a) que las dos cosas unidas o incorporadas pertenezcan a diversos propietarios; b) unión o incorporación de las dos cosas en una sola; c) que la unión tenga lugar de buena fe; d) que el todo resultante esté compuesto por una cosa principal o accesoria; e) que el dueño de la cosa principal que adquiere la accesoria, indemnice su valor al propietario de ésta.

Nos encontramos ante una forma *ipso iure* de adquirir la propiedad por la prevalencia de la cosa principal¹²⁷⁴, ante la unión de dos cosas que no pueden separarse sin detrimento o sin producir un menoscabo importante de una de ellas o de las dos. El cambio de titularidad sobre la cosa no sólo afecta a los anteriores dueños, sino también a terceros¹²⁷⁵. Asimismo, la propia adjunción implica automáticamente la extinción del derecho de propiedad sobre la cosa accesoria y de los derechos reales que recayesen sobre ella¹²⁷⁶.

En todo caso, esta unión hay que entenderla en sentido relativo, es decir, como incorporación de una cosa a otra –no asimilación o confusión– con tal grado de cohesividad o adherencia que su destrucción o reversión al estado primitivo implique la desaparición o menoscabo importante de una de ellas o de las dos¹²⁷⁷.

Ahora bien, en caso de ser posible la separación de los componentes de la cosa resultante no estaríamos frente a un fenómeno de accesión, puesto que los propietarios de las cosas objeto de la adjunción podrían recuperarlos (artículo 378.1 CC). Se dice que este designio resulta preferible para el CC, al extremo que, conforme al artículo 378.2 CC, “cuando la cosa unida para el uso, embellecimiento o perfección de otra, es mucho más preciosa que la cosa

¹²⁷³ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., pp. 309 y 310; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 512; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, pp. 194 y 195.

¹²⁷⁴ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 309; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 513.

¹²⁷⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 513.

¹²⁷⁶ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 310.

¹²⁷⁷ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., pp. 309 y 310; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 513.

principal, el dueño de aquella puede exigir su separación, aunque sufra algún detrimento la otra a que se incorporó”¹²⁷⁸.

En caso de existir mala fe del que realiza la adjunción, éste pierde la cosa incorporada y tiene la obligación de indemnizar al propietario de la cosa principal los perjuicios que haya sufrido (artículo 379.1 CC). Se trata de una indemnización por acto ilícito y que se rige, en consecuencia, por el artículo 1902 CC¹²⁷⁹, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar¹²⁸⁰.

Si la mala fe es del dueño de la cosa principal, “el que lo sea de la accesoria tendrá derecho a optar entre que aquél le pague su valor o que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya que destruir la principal; y en ambos casos, además, habrá lugar a la indemnización de daños y perjuicios” (artículo 379.2 CC). También se trata de una indemnización por acto ilícito y su reclamación se conduce por el artículo 1902 CC¹²⁸¹.

En consecuencia, siguiendo a ALONSO PÉREZ, la adjunción tiene lugar cuando existe una unión perfecta de dos cosas muebles en las hipótesis siguientes: a) cuando la incorporación se realiza fortuitamente o sin intervención del hombre; b) cuando la incorporación se lleva a efecto de buena fe, es decir, creyendo fundadamente que no se lesiona propiedad ajena y que se está potenciando, en cambio, un derecho o interés legítimo que se piensa propio; c) cuando el dueño de la cosa accesoria verifica conscientemente la incorporación; d) cuando ambas partes actúan de mala fe, por aplicación del artículo 379.3 CC; e) cuando realizada la adjunción de mala fe por el dueño de la cosa principal, el dueño de la accesoria opta por la adjunción¹²⁸².

El artículo 375 CC parte de la base que siempre hay una cosa principal, olvidando que en algunos casos pudiere existir un equilibrio de tal entidad que

¹²⁷⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV...*, 2007, cit., pp. 132 y 133.

¹²⁷⁹ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 321; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 516; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 201.

¹²⁸⁰ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios... tomo III*, cit., p. 246; ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 321.

¹²⁸¹ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 201.

¹²⁸² ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 321.

no pueda determinarse la principalidad de una de las partes; o que, desde el plano económico y social sea más conveniente y/o equitativo mantener la comunidad¹²⁸³. Lo anterior ha llevado a sostener que “si no es posible detectar cuál es la principal o más valiosa, y cuál la accesoria o secundaria, o lo que es igual, si la unión tiene lugar entre cosas del mismo valor, no hay accesión mobiliaria o conjunción, sino copropiedad o condominio y habrá que aplicar las reglas de la comunidad previstas en los artículos 392 y ss. CC”¹²⁸⁴.

Operada la unión de bienes con buena fe de los propietarios de la cosa principal y accesoria, se dispone que el dueño de la principal debe indemnizar su valor al anterior dueño. Su fundamento radica en que el dueño de la cosa principal no puede enriquecerse en detrimento del propietario de la accesoria¹²⁸⁵.

Sobre esta indemnización debe tenerse presente el artículo 380 CC: “siempre que el dueño de la materia empleada sin su consentimiento tenga derecho a indemnización, puede exigir que ésta consista en la entrega de una cosa igual en especie y valor, y en todas sus circunstancias, a la empleada, o bien en el precio de ella, según tasación pericial”. Se acostumbra a decir que esta regla no sustituya la totalidad del contenido de la obligación de indemnizar daños y perjuicios, abarcando sólo un aspecto parcial de ella: el referido a la pérdida de la cosa¹²⁸⁶.

Entendemos que en el caso de la adjunción operada de buena fe por parte de los propietarios de las cosas principal y accesoria (artículo 375 CC) –hipótesis de nuestro trabajo–, la utilización de la alternativa del artículo 380 CC no deja a salvo la posibilidad de reclamar ningún perjuicio adicional, pues la conducta plenamente lícita de ambas partes se opone a una conclusión contraria. De otra parte, si el artículo 375 CC sólo ordena indemnizar el “valor” de la cosa accesoria, no se aprecia de qué forma puede extenderse a otros conceptos

¹²⁸³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 143.

¹²⁸⁴ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 310. Le siguen LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 143.

¹²⁸⁵ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 311; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 278.

¹²⁸⁶ Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Instituciones...*, cit., p. 134; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 203; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 517.

indemnizables la obligación que recae sobre el dueño de la cosa principal, a diferencia de lo que ocurre cuando se limita a mandar el pago de “daños y perjuicios” en general (*v. gr.*, en los supuestos del artículo 379 CC). Y sin perjuicio de que pueda sostenerse que el propio tenor literal del artículo 380 CC impide reclamar la reparación de daños distintos al ejercerse la alternativa que dicha norma contempla, desde que al señalar “puede exigir que ésta” (la indemnización) pareciere que quisiere decir que todo su contenido se reemplace por la alternativa que regula la disposición en comento.

7.2.2.- La especificación

Se encuentra reglamentada en el artículo 383 CC: “(1) El que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta. (2) Si ésta es más preciosa que la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella podrá, a su elección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia. (3) Si en la formación de la nueva especie intervino mala fe, el dueño de la materia tiene derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al autor, o de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido”.

La especificación –*de speciem mutare, speciem facere*– tiene lugar cuando una persona que no es propietario de una cosa ni actúa de acuerdo con el dueño, pone en ella su trabajo y la convierte en otra cosa esencialmente distinta¹²⁸⁷. Es el hecho de transformar materia ajena en una obra de nueva creación (*novam speciem facere*)¹²⁸⁸. Por esta razón la norma en comento no es aplicable a los supuestos de reparación o restauración, ya que la cosa inicial subsiste¹²⁸⁹.

¹²⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 854.

¹²⁸⁸ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 331.

¹²⁸⁹ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 332; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 207; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 519.

La norma en estudio persigue solucionar el conflicto de intereses que se produce entre el dueño de la materia y el autor de la obra, o bien, dicho de otra forma, entre “el respetable derecho de propiedad y el no menos respetable esfuerzo creador del hombre”¹²⁹⁰. Para resolver tal conflicto, la ley atiende a la buena o mala fe de las partes y, en caso de buena fe, atendiendo al valor respectivo de la materia y de la cosa creada¹²⁹¹.

La regla inicial es que el ingenio y esfuerzo empleado en transformar la materia ajena prevalecerá¹²⁹². Operada de esta forma la especificación, atribuyéndose la propiedad al especificante, se extinguen todos los derechos reales que ostentaban otros sobre la cosa (dueño, usufructuario, etc.)¹²⁹³. La atribución de la propiedad al especificante tiene como sustrato el hecho de que haya actuado de buena fe, es decir, que procediera con ignorancia de que empleaba materia ajena o, aun sabiéndolo, si estimaba con fundamento que podía usarla lícitamente¹²⁹⁴. Se señala que en esta solución el CC siguió la doctrina proculyana que, identificando forma y esencia, derivaba una atribución de la propiedad al transformador, pues él era el creador de la *nova species*¹²⁹⁵.

Como contrapartida de la atribución del dominio, el dueño de la materia adquiere un derecho de crédito dirigido a obtener el abono del valor de la materia empleada¹²⁹⁶, calculado al momento de la especificación y actualizado al momento del pago¹²⁹⁷. Algunos ven el fundamento de esta compensación en el hecho de evitar un enriquecimiento injusto¹²⁹⁸. No obstante, ha sido negada

¹²⁹⁰ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 333. En el mismo sentido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III...*, cit., p. 316; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 147; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 519; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, cit., p. 207.

¹²⁹¹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. IV...*, 2007, cit., p. 135.

¹²⁹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 519.

¹²⁹³ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 337; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 519. En este punto debe destacarse el estudio de AYMERICH RENTERÍA, quien estudia detenidamente esta consecuencia (AYMERICH RENTERÍA, R., “La especificación en el Código civil”, en *ADC*, volumen 40, N°4 (1987), pp. 1224 y ss.

¹²⁹⁴ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 335.

¹²⁹⁵ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 335; Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 855.

¹²⁹⁶ *Ídem*.

¹²⁹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 519.

¹²⁹⁸ *Ídem*.

esta justificación por otros, basándose en que la cosa no ha entrado en el patrimonio del propietario de la materia en base a la producción¹²⁹⁹.

Excepcionalmente, el artículo 383.2 CC adopta la doctrina sabiniana, los cuales, basados en la filosofía estoica, concedían mayor importancia a la materia y atribuían la propiedad de la nueva cosa al dueño de aquella¹³⁰⁰. Así, cuando la materia es muy preciosa o de superior valor al de la obra realizada, surge en el patrimonio del dueño de la materia un derecho de opción: o se queda con la nueva especie, previa indemnización de la obra, o pide indemnización de la materia. La comparación será entre el valor del material utilizado y el valor de la obra (el de la *res nova* resultante restando el valor de la materia)¹³⁰¹. La indemnización del valor de la obra implica considerar el valor del trabajo realizado, tiempo empleado, calidad artística de la nueva especie y, en general, los criterios que estime equitativos el juzgador¹³⁰².

Asimismo y pese a que el artículo 383 CC no lo dice –lo que no significa que lo excluya–, cuando la obra no haya supuesto ningún beneficio para la materia sino que, al contrario, un perjuicio, puede tener aplicación el artículo 1902 CC cuando ha intervenido culpa o negligencia¹³⁰³. La culpa en este caso no consiste en el trabajo mal hecho, sino sólo en haber especificado negligentemente materia ajena¹³⁰⁴.

Si el especificante es de mala fe, es decir, utiliza conscientemente materia ajena, también tiene el dueño de ésta un derecho de opción: o se queda con la obra sin pagar nada al autor o exige que éste le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido. Esta sanción ha causado preocupación en la doctrina, particularmente en el caso de que el valor de la materia sea insignificante en relación con el de la obra. Se ha escrito que la calidad artística de la obra realizada debe ser por sí misma, en cuanto fruto de

¹²⁹⁹ AYMERICH RENTERÍA, R., *op. cit.*, p. 1228.

¹³⁰⁰ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 335; Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 855.

¹³⁰¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 520.

¹³⁰² ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., nota 14, p. 335.

¹³⁰³ AYMERICH RENTERÍA, R., *op. cit.*, p. 1229; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 520.

¹³⁰⁴ AYMERICH RENTERÍA, R., *op. cit.*, pp. 1229 y 1230.

alta gradación intelectual, modo de adquisición de la propiedad para el especificante y correlativa extinción de los derechos reales existentes sobre la primitiva materia, sin perjuicio de indemnizar el valor de la pérdida sufrida y los perjuicios irrogados por su conducta dolosa o culposa¹³⁰⁵. De ahí que se haya afirmado que, en el caso propuesto, habría un enriquecimiento injusto o un abuso del derecho por parte del propietario de la materia¹³⁰⁶.

7.3.- Naturaleza de las indemnizaciones concedidas en caso de accesión operada de buena fe

En el fenómeno de la accesión, no es posible construir conceptualmente una teoría de la accesión como modo de adquirir la propiedad o como una facultad derivada del derecho de dominio. Estamos en presencia de una serie de fenómenos que comportan modificaciones o vicisitudes en la composición o contextura de las cosas y, consiguientemente, en las relaciones jurídico-reales que se dan sobre ellas¹³⁰⁷. Más aún, la adquisición de la propiedad no es nunca la médula de la situación jurídica tenida en cuenta por la norma, sino su resultado final: la solución del conflicto de intereses¹³⁰⁸.

Lo anterior queda de manifiesto por la circunstancia de que, junto con la propiedad, coexiste con ella “una auténtica “expropiación” legal de otra propiedad que, accesoria o no respecto de la anterior, resulta tan digna de consideración como aquélla”¹³⁰⁹.

En este entendido, las indemnizaciones que la ley prevé en favor de aquellos cuya propiedad o actividad ha resultado sacrificada, lo son en consideración de que su derecho o ventaja también es merecedor de protección por el ordenamiento, a través de la debida compensación, normalmente equivalente al valor de la materia perdida o de la obra ejecutada.

¹³⁰⁵ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 335.

¹³⁰⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 520.

¹³⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación....*, cit., p. 840.

¹³⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación....*, cit., p. 839; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, pp. 268 y 269.

¹³⁰⁹ BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 268.

Hablamos de “compensación”¹³¹⁰ y no de indemnización, ya que tal sacrificio no puede relacionarse con la violación de un deber de comportamiento, ya que las normas que lo contemplan autorizan el comportamiento dañoso y excluyen la correspondiente antijuridicidad. Ello queda de manifiesto a propósito del artículo 360 CC, en que nos encontramos frente a un acto objetivamente ilícito, pues constituye una apropiación de cosas ajenas y, no obstante, el efecto de la actuación de buena fe del propietario del suelo no sólo evita la sanción correspondiente a un ilícito determinado, sino que, además, genera una indemnización en favor del titular de la materia a fin restablecer el equilibrio patrimonial roto¹³¹¹.

Así las cosas, los supuestos analizados de unión de bienes de buena fe no implican responsabilidad civil alguna del obligado a la “indemnización”, desde que, además, son analizados por la doctrina bajo el rótulo del principio según el cual nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro¹³¹² y no del *neminem laedere*.

Por lo tanto, en este caso el sistema jurídico hace coexistir dos derechos o intereses que son inconciliables entre sí, por medio de la prevalencia de uno de ellos a cambio de una compensación económica en beneficio del titular del derecho o interés sacrificado, logrando, con ello, equilibrar la situación jurídica inicialmente desbalanceada por la opción legislativa.

8.- La indemnización originada por los daños causados en estado de necesidad

El artículo 20 CP señala que “están exentos de responsabilidad criminal: ...5.- El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada

¹³¹⁰ Utiliza esta terminología ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 255.

¹³¹¹ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 255; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 153.

¹³¹² BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 269.

intencionalmente por el sujeto; 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

Por su parte, el artículo 118.1 del mismo texto legal prescribe que “la exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: ...3.- En el caso del número 5 serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales”.

Se enseña que en los textos romanos no aparece de manera clara la naturaleza del estado de necesidad, lo que se atribuye al carácter eminentemente práctico de las construcciones jurídicas romanas: sólo se preocupaban si un determinado supuesto cabía en el ámbito de la *Lex Aquilia* o del interdicto *quod vi aut clam*, por lo que sólo de un modo tangencial abordaban cuestiones como la ilicitud o la inimputabilidad¹³¹³. No obstante lo anterior, existen autores que han señalado que en Roma el acto necesitado era objetivamente ilícito¹³¹⁴.

Sobre los daños causados en estado de necesidad, en la actualidad pareciere existir una mayoría doctrinaria que se inclina por no considerarla una

¹³¹³ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp.378 y 379.

¹³¹⁴ NATTINI, A., “Appunti sulla natura giuridica dell'atto necessitato”, en *RDC*, volumen IX, parte primera (1911), pp. 705 y 706.

responsabilidad civil en sentido estricto¹³¹⁵, ya que no hay ilicitud¹³¹⁶, no hay daño injusto¹³¹⁷, no responde el causante del daño¹³¹⁸ y la cuantía de la indemnización se fijan en proporción al perjuicio evitado y no a la exacta equivalencia del daño¹³¹⁹.

A la misma conclusión arriban en Italia DE CUPIS y TUCCI, que constatan la plena licitud de los actos ejecutados en virtud del estado de necesidad. Los citados autores afirman que no se puede exigir un comportamiento diverso de aquél que con el acto dañoso se arriesga a salvarse a sí o a otro del peligro actual de un grave daño¹³²⁰, ya que a los hombres, al ser de media virtud, no se les puede exigir una conducta heroica: se reconoce, así, valor al viejo aforismo "*necessitas non habet legem*"¹³²¹. En el mismo sentido en el Derecho germánico, ENNECCERUS, KIPP, WOLF y NIPPERDEY¹³²²; y LARENZ¹³²³, entre otros.

8.1.- Naturaleza de la obligación indemnizatoria originada por los daños causados en estado de necesidad

Aunque la conducta sea lícita, sin embargo, el ordenamiento reglamenta una indemnización en favor del perjudicado por el acto necesitado, dado el daño soportado. En este entendido, el daño se configura como un elemento esencial para la generación de consecuencias jurídicas del estado de necesidad en el Derecho civil, en ausencia del cual el hecho realizado en tales circunstancias carece absolutamente de efectos en este ámbito del ordenamiento jurídico¹³²⁴. De allí que sea conveniente conocer las razones que ha tenido en cuenta el

¹³¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 302; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 114; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 285; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 171.

¹³¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 114.

¹³¹⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 285.

¹³¹⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 302.

¹³¹⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 302; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 285.

¹³²⁰ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 265.

¹³²¹ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 97.

¹³²² ENNECCERUS, KIPP, WOLF y NIPPERDEY, *op. cit.*, pp. 438 y ss.

¹³²³ LARENZ, K., *op. cit.*, p. 690.

¹³²⁴ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, pp. 8 y 9; ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 135; BUSTO LAGO, J.M., "La indemnización debida por los daños causados en estado de necesidad", en *RDP*, junio de 1997, p. 462.

legislador para reglamentar la indemnización por los daños causados en estado de necesidad.

8.1.1.- La equidad

Se afirma que es plenamente concordante con la equidad el que se repare el daño irrogado en estado de necesidad, pues no se debe dejar desamparado a quien fue lesionado en interés ajeno¹³²⁵. Así, la indemnización por el daño causado en estado de necesidad no es un supuesto de responsabilidad civil, sino un caso de compensación por equidad¹³²⁶. Lo que quiere evitar el legislador es un empobrecimiento para el perjudicado, para lo cual arbitra una medida en la que se encuentran ausentes los criterios objetivos propios de la responsabilidad civil: se toma como base el perjuicio evitado, pero no el lucro cesante ni los daños previstos ni los previsibles, sino sólo los que el juez determine con su prudente arbitrio¹³²⁷.

Ahora bien, el anterior enunciado en ningún caso puede considerarse como sinónimo de fuente de la obligación de reparar el daño, ya que implicaría considerar a la equidad como fuente autónoma de las obligaciones: sólo se ha considerado en el Título Preliminar del Código civil a la equidad interpretativa y al juicio de equidad¹³²⁸. No existe en el ordenamiento español un principio general conforme al cual, a falta de alguno de los presupuestos de la responsabilidad civil, se conceda una indemnización equitativa fijada por el juez: una obligación como ésta no puede subsistir fuera de las hipótesis previstas por el legislador¹³²⁹. Debemos agregar que la sola equidad no transforma un imperativo axiológico de responsabilidad en un imperativo normativo¹³³⁰.

¹³²⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 149; BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, ENNECCERUS, KIPP, WOLF y NIPPERDEY p. 475.

¹³²⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos...*, cit., p. 250.

¹³²⁷ *Ídem*.

¹³²⁸ TORRALBA SORIANO, V., "Artículo 3.2. CC" en *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 02 de mayo de 1975*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 189; BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 476.

¹³²⁹ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 476.

¹³³⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, nota 33, p. 150.

Lo anterior no significa que la equidad no juegue ningún papel en el estado de necesidad. Cumple la función de determinar el *quantum* de la indemnización debida conforme a la regla 3ª del artículo 118.1 CP al aludir al “prudente arbitrio” del juez¹³³¹, de la misma manera que el artículo 2045 CC italiano¹³³² o el artículo 339 del CC portugués¹³³³.

Sobre el punto, BRIGUGLIO ha dicho que la equidad cumple la función de adecuar la indemnización prevista a favor del perjudicado a la situación particular concreta en que el estado de necesidad se ha verificado, sirviendo para determinar la medida de aquella¹³³⁴. Los motivos que ha tenido el legislador para ello no han sido razones de justicia conmutativa, sino razones de justicia distributiva, las cuales postulan únicamente la finalidad de restablecer el equilibrio económico entre los patrimonios afectados, en el reparto de las consecuencias no injustas derivadas de una situación no querida¹³³⁵.

8.1.2.- El enriquecimiento sin causa

Con apoyo de un importante sector de la doctrina, se ha extendido la opinión de que la obligación indemnizatoria en comento constituye un recurso para evitar el enriquecimiento injusto del beneficiado por la actuación en estado de necesidad a expensas del dañado¹³³⁶.

¹³³¹ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 476.

¹³³² “Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi e' stato costretto dalla necessita' di salvare se' o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non e' stato da lui volontariamente causato ne' era altrimenti evitabile, al danneggiato e' dovuta un'indennita', la cui misura e' rimessa all'equo apprezzamento del giudice”. El subrayado es nuestro.

¹³³³ “1. É lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro. 2. O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade”. El subrayado es nuestro.

¹³³⁴ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 199.

¹³³⁵ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 173. En Argentina, ZAVALA DE GONZÁLEZ critica el principio de justicia distributiva: “hay motivos valederos para no distribuir el daño, sino cargarlo en la cuenta en que es justo que se lo asuma” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 152).

¹³³⁶ Díez-PICAZO, L., “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en DE LA CÁMARA Y Díez-PICAZO: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, p. 57 y en *Derecho...*, p. 302; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 285; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 93; IZQUIERDO MARTÍN, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil”, en *Responsabilidad Civil*

Refiriéndose a la eventual conexión entre el enriquecimiento sin causa y el resarcimiento de daños, DIEZ-PICAZO ha sostenido lo siguiente: “otro punto en el que la proximidad parece notoria es aquel en el que la responsabilidad por daños resulta extinguida por haber actuado el agente en virtud de la causa de justificación consistente en el estado de necesidad. En este caso, según una regla que se encuentra en nuestro Código Penal, de acuerdo con una larga tradición, el daño ocasionado por el supuesto típico, pero no antijurídico, se resarce. Sin embargo, no lo resarce el causante sino el beneficiario del sacrificio que se ha impuesto a la víctima. Y no se resarce en la medida del daño, sino en la del enriquecimiento”¹³³⁷.

El citado autor enfatiza, además, que no se indemniza el perjuicio sufrido por la víctima del daño, sino que los obligados por la norma del artículo 118.1 CP lo están porque en su favor se ha precavido un mal y lo están en proporción al perjuicio que se les haya evitado¹³³⁸. De allí que una somera contemplación del precepto en estudio lo lleve a concluir que la indemnización a que se refiere enlaza más con un sistema de normas de restitución de lucros o beneficios en un Derecho de enriquecimiento que con un sistema de indemnización propio del Derecho de daños¹³³⁹.

Sin embargo, esta tesis se ha puesto en duda, puesto que al contemplar la ley la existencia de una indemnización de cargo de aquél a quien la actuación en estado de necesidad le evitó un perjuicio o un daño, no se requiere acudir a ninguna acción de enriquecimiento injustificado para tal fin¹³⁴⁰. Se añade que el enriquecimiento injustificado trata de compensar un enriquecimiento, no un daño; que puede haber perfectamente enriquecimiento sin daño, como cuando uso la cosa de otro que éste no pensaba utilizar, sin dañarla; o daño sin

ex delicto (director Julio Márquez de Prado), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 232.

¹³³⁷ DIEZ-PICAZO, L., *La doctrina del enriquecimiento...*, cit., p. 57.

¹³³⁸ DIEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 302.

¹³³⁹ *Ídem*.

¹³⁴⁰ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 478.

enriquecimiento, como cuando un automóvil choca con otro en un accidente¹³⁴¹.

Asimismo, los supuestamente enriquecidos no están obligados a restituir todo, sino una cuota del mismo, recordándose que el objetivo del enriquecimiento injusto es restituir una ganancia, no de compensar una pérdida¹³⁴². Todo lo anterior sin perjuicio de reconocer la dificultad de entender el principio de enriquecimiento en relación a bienes personalísimos y no de carácter patrimonial: ¿cuál sería el enriquecimiento que obtiene una persona que salva su vida a costa de la lesión corporal a un tercero o de un ataque a su libertad? ¿Qué es lo que debería restituirse?¹³⁴³

8.1.3.- La gestión de negocios ajenos

Cuando el acto necesitado ha sido realizado por un tercero que no es el titular del bien jurídico protegido y actúa en defensa de los mismos, se dice que la acción de indemnización de este tercero frente al salvado se asemeja a la denominada acción contraria en la gestión de negocios ajenos. Por ello y por analogía, el comportamiento del tercero podría ser asimilado al de gestor de negocios ajenos, lo que explicaría que el agente pudiese solicitar el anticipo o reembolso de la suma pagada al titular de los bienes salvados¹³⁴⁴.

Se ha escrito que “una persona sufre daños (o causa daños a un tercero) en su intento de salvar su vida, su integridad o sus bienes, o la vida, la integridad o los bienes de otro, de una situación de peligro cierto, creada culpablemente por el posible responsable. También aquí ha de afirmarse la imputación objetiva de aquellos daños (STS 10-III-83), haya o no tenido éxito el intento de salvamento, salvo que el mismo deba considerarse altamente irrazonable, por existir una enorme desproporción entre el riesgo asumido y el valor del bien en peligro, en relación con la posibilidad de salvarlo. En su caso, el titular del bien amenazado

¹³⁴¹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad (un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil)*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 235.

¹³⁴² GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *op. cit.*, p. 163.

¹³⁴³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 143.

¹³⁴⁴ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 479.

estará también obligado a indemnizar al dañado, junto al creador culpable de la situación de peligro, *según lo dispuesto en los arts. 1893 II CC y 20 I.2 CP*¹³⁴⁵.

No obstante, se menciona que si bien la gestión de negocios puede servir de pauta para decidir las relaciones internas entre el autor y el interesado en el hecho necesario (necesitado), no constituye fundamento válido para la indemnización debida al damnificado¹³⁴⁶.

En efecto, se aprecian diferencias estructurales entre ambos institutos, a saber: a) un elemento específico y definidor de la gestión de negocios ajenos es la intención de gestionar un negocio ajeno de manera altruista, a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad, en que en ningún caso puede considerarse gestor al damnificado, quien sufre el acto dañoso en estado de necesidad a pesar suyo; b) en la gestión de negocios ajenos la injerencia se justifica en un móvil interno que guía la actuación del gestor, a diferencia de las intervenciones dañosas en el estado de necesidad, las que se justifican en las circunstancias externas en las que se desarrolla la acción más que en el *animus* del agente¹³⁴⁷.

A mayor abundamiento, una característica particular de la conducta voluntaria del gestor de negocios es la obligación de “continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en su gestión, si se hallare en estado de poder hacerlo por sí” (artículo 1888 CC), lo que parece no ser posible que recaiga sobre quien realiza la defensa de un patrimonio ajeno en estado de necesidad¹³⁴⁸.

8.1.4.- El daño no antijurídico que genera la obligación de indemnizar

Esta tesis fue propuesta en España por BUSTO LAGO¹³⁴⁹, siguiendo los lineamientos entregados por TUCCI¹³⁵⁰ y DE CUPIS¹³⁵¹ en Italia.

¹³⁴⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1986. La cursiva es nuestra.

¹³⁴⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 142.

¹³⁴⁷ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., pp. 479 y 480.

¹³⁴⁸ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 480.

¹³⁴⁹ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., pp. 480 y ss.

Partiendo de la base que los daños causados en estado de necesidad no son antijurídicos, ya que no hay ilicitud¹³⁵² y, en consecuencia, no hay un daño injusto¹³⁵³, la indemnización que nos convoca forma parte de aquellos especiales supuestos en que el ordenamiento jurídico admite la producción del daño, pero a cambio de un precio¹³⁵⁴. Así, las disposiciones que regulan el estado de necesidad serían las normas que BRIGUGLIO denomina “autorizantes” –puesto que derogan el principio general del artículo 1902 CC y permiten realizar un comportamiento productor de perjuicios para terceros en determinadas condiciones–¹³⁵⁵ y que, de ejecutarse las conductas en ellas contempladas, generan daños legítimos¹³⁵⁶.

No obstante no existir un daño antijurídico, el perjuicio generado provoca igual una reacción del ordenamiento a favor del dañado consistente en una compensación económica en favor del mismo, a fin de reequilibrar de algún modo la situación comprometida¹³⁵⁷. Por un justo principio de solidaridad social se reconoce el poder de efectuar el acto dañoso, en atención al menor valor del interés afectado respecto de aquel salvaguardado en virtud del acto necesitado; por el mismo motivo se explica también la tutela resarcitoria del interés del dañado, plenamente compatible con la exigencia de evitar un daño grave¹³⁵⁸.

En este caso, se trata de mantener el equilibrio entre dos intereses¹³⁵⁹, lo que se traduce en que se autoriza el ejercicio del derecho que la legislación considera meritorio de mayor tutela y, como contrapartida, se concede una compensación económica al titular del interés afectado por dicha autorización.

¹³⁵⁰ TUCCI, G., *op. cit.*, pp. 235 y ss.

¹³⁵¹ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 92 y ss.

¹³⁵² YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 114.

¹³⁵³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 285.

¹³⁵⁴ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

¹³⁵⁵ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 160.

¹³⁵⁶ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 383.

¹³⁵⁷ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 93.

¹³⁵⁸ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 265.

¹³⁵⁹ Vid. GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102; TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 75.

En otras palabras, no existe una conducta subjetiva ni objetivamente imputable y, no obstante, está expresamente prevista una obligación reparatoria¹³⁶⁰.

Esta tesis sostiene que la indemnización debida por aquél a quien se le haya evitado un daño a través de la acción necesitada, constituye una obligación “derivada de la ley” (artículo 1090 CC) o que “nace de la ley” (artículo 1089 CC), puesto que no nace de un contrato o cuasicontrato ni tampoco se trata de un acto u omisión ilícita¹³⁶¹. En Italia se dice que esta clase de hipótesis deben reconducirse al *tertium genus* de las fuentes de las obligaciones, distinto del contrato y del hecho lícito, que el artículo 1173 CC italiano identifica en “todo otro acto o hecho idóneo a producirlas en conformidad con el ordenamiento jurídico”¹³⁶².

Así las cosas, la indemnización en estudio sería una obligación legal de aquellas que no se presumen (artículo 1090 CC) y que se rige por el artículo 118.1 CP y, en lo no dispuesto por él, por las disposiciones del Libro IV del CC (“De las obligaciones y contratos”).

8.2.- Extensión de la obligación reparatoria del artículo 118.1 CP

Como primera cuestión, hablamos de obligación reparatoria porque existe consenso en que la indemnización por los daños causados en estado de necesidad no responde a responsabilidad civil alguna¹³⁶³; como, asimismo, porque el término “reparación”, atendido su carácter genérico, comprende todas las formas de liberar o compensar al perjudicado, de enmendar, corregir o remediar un daño¹³⁶⁴. Por lo mismo, en el sistema italiano esta clase de daños dan lugar a una *indennità* y no a un *risarcimento*¹³⁶⁵.

¹³⁶⁰ Vid. GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 101.

¹³⁶¹ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 482.

¹³⁶² BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 180.

¹³⁶³ DíEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 302; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 114; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 285; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 171; TUCCI, G., *op. cit.*, p. 265; DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 97; ENNECCERUS, KIPP, WOLF y NIPPERDEY, *op. cit.*, pp. 438 y ss.; LARENZ, K., *op. cit.*, p. 690.

¹³⁶⁴ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 8.

¹³⁶⁵ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 759. Vid. BUONAURO, C., *op. cit.*, pp. 340 y ss.

Por otro lado, la expresión “indemnización” presenta un contenido dudoso, pues no está claro si constituye un sinónimo de reparación (en cuanto deja a la víctima “libre, indemne o exenta de algún daño”, por el camino que sea), o su significado debe circunscribirse a una determinada forma de reparación, que consiste en el pago de una suma de dinero que compensa de forma pecuniaria el perjuicio padecido¹³⁶⁶.

Ahora bien, la determinación del *quantum* “indemnizatorio” queda delimitada por el “perjuicio evitado” por la actuación realizada en estado de necesidad, en caso de que sea estimable (artículo 118.1 regla 3ª CP). En caso de no ser estimable, queda entregado al “prudente arbitrio” del juez.

En esta última perspectiva, varios elementos han de considerarse para determinar la cuantía de la indemnización: la entidad del daño o perjuicio sufrido por el dañado, la gravedad del daño evitado, el grado de amenaza y la actualidad del peligro desencadenante de la situación necesitada, el comportamiento mantenido en el curso de todo el suceso por el autor del daño e, incluso, se podría considerar a las condiciones económicas de las partes¹³⁶⁷.

De lo antes dicho podemos extraer que sólo determinados daños son puestos de cargo del llamado a repararlos, existiendo, en consecuencia, una especie de limitación del *quantum respondeatur*.¹³⁶⁸ De allí la exigencia primigenia referida al “perjuicio evitado” y no al perjuicio “sufrido”, como también el recurso al “prudente arbitrio” del juez en su determinación¹³⁶⁹.

¹³⁶⁶ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 9.

¹³⁶⁷ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 469; BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, pp. 200 y 201.

¹³⁶⁸ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 470.

¹³⁶⁹ En contra se ha manifestado GARCÍA AMIGO, el cual si bien lo hizo bajo la formulación del antiguo CP, su reflexión sustantiva permanece vigente: “Ante esta dicción literal del precepto caben dos interpretaciones: una, según la cual la proporción del beneficio reportado sea un criterio absoluto, de modo que el beneficiado responda única y exclusivamente del beneficio que reciba, con independencia de que el mal causado sea mayor; y una segunda interpretación, a tenor de la cual tal criterio sea relativo a la distribución del total daño causado entre los posibles y varios beneficiados, debiendo indemnizarse al perjudicado todo el daño sufrido. A nuestro entender, debe mantenerse la última opinión, por las siguientes razones: primero, porque es lógico que el perjudicado quede totalmente indemne, cuando el acto necesario nunca va a beneficiarle en nada; segundo, porque el párrafo siguiente habla precisamente de este sentido de distribución entre los diversos beneficiados, atribuyendo al juez la facultad de fijar la cuota parcial de cada uno de ellos; tercero, porque el mal causado debe ser siempre menor que el beneficio producido con el acto necesario, con lo cual no

SEGUNDA PARTE. DE LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES EN EL DERECHO ESPAÑOL

I.- INTRODUCCIÓN

Hemos pasado revista a las principales tesis sobre el daño lícito reparable en el Derecho comparado. También, hemos analizado los principales supuestos en que este fenómeno tendría lugar en el Derecho privado español.

Sobre los daños lícitos reparables se ha escrito que son obligaciones indemnizatorias que tienen lugar en los casos expresamente contemplados en la ley¹³⁷⁰ y que sólo pueden traer aparejadas las consecuencias patrimoniales señaladas en la misma norma¹³⁷¹. Asimismo, se advierte que el daño no está proyectado como un elemento de las hipótesis legales en comento, que se limitan, sustancialmente, a autorizar una actividad o comportamiento en el entendido de que no se origine ningún perjuicio. Tanto así que si se llegare a verificar alguno, lo que hace la norma es imponer la correspondiente indemnización¹³⁷². No obstante esa precisión, lo que hace el ordenamiento jurídico es admitir la producción de tales daños: “se autoriza el daño, pero se le pone precio”¹³⁷³.

Se menciona también que, en estos supuestos, no se toma en consideración la conducta del agente para efectos de imponer el resarcimiento¹³⁷⁴: ante el conflicto entre dos derechos, el ordenamiento jurídico considera a ciertos intereses dignos de prevalecer sobre otros, concediendo al titular del más débil

tendría sentido el beneficio reportado como criterio absoluto de indemnización” (GARCÍA AMIGO, M., “Traducción y notas de Derecho español” a la obra de BRIGUGLIO, M., *El estado de necesidad en el Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, nota 36, pp. 201 y 201).

¹³⁷⁰ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166.

¹³⁷¹ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 103.

¹³⁷² GIACOBBE, G., *op. cit.*, pp.102 y 103.

¹³⁷³ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166.

¹³⁷⁴ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 247; GIACOBBE, G., *op. cit.*, pp. 101 y 102. A estos efectos, es demostrativa la forma como denominaba a esta clase de actos ENNECCERUS: “actos sin culpa que obligan a indemnización”: (*Derecho Civil (parte general)*, primer tomo, II, traducción de la trigésimo novena edición alemana de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Bosch, Barcelona, 1935, p. 438).

un derecho sustitutivo de indemnización¹³⁷⁵. Se trata de mantener el equilibrio entre dos intereses¹³⁷⁶, lo que se traduce en que se autoriza el ejercicio del derecho que la legislación considera meritorio de mayor tutela y, como contrapartida, se concede una compensación económica al titular del interés afectado por dicha autorización. En otras palabras, no existe una conducta subjetiva ni objetivamente imputable y, no obstante, está expresamente prevista una obligación reparatoria¹³⁷⁷.

Ahora bien, debemos advertir que, en sentido técnico, la ley no reconoce prevalencia de un interés sacrificando al contrario¹³⁷⁸, “sino que más bien pretende equilibrar la existencia de uno con la del otro”¹³⁷⁹, puesto que ambos intereses son dignos de tutela para el ordenamiento.

Pues bien, el objetivo de esta segunda parte es poder distinguir los rasgos característicos del daño lícito reparable en el sistema hispano, determinar los caracteres comunes que se presentan y analizar la posibilidad de si su estructura normativa permite dar solución a otros casos semejantes en donde se presenta la misma problemática.

Del análisis efectuado en la primera parte de este capítulo, podemos concluir que las grandes interrogantes del objeto de nuestro estudio se plantean respecto de las siguientes cuestiones:

- 1.- ¿Los daños lícitos reparables pertenecen a la órbita de la responsabilidad civil o son completamente ajenos a ésta?
- 2.- Si no forman parte del ámbito de la responsabilidad civil: ¿estos daños conforman una categoría autónoma?
- 3.- En el mismo supuesto: ¿cuál es la fuente de la obligación de reparar estos daños?
- 4.- ¿Cuál es el fundamento de esta clase de daños?

¹³⁷⁵ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166; GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102.

¹³⁷⁶ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102; TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 75.

¹³⁷⁷ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 101.

¹³⁷⁸ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 20.

¹³⁷⁹ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 161.

5.- El núcleo normativo de los supuestos estudiados: ¿permite su aplicación analógica a otras hipótesis semejantes en que no se contemple indemnización alguna?

6.- ¿Los daños lícitos reparables responden al principio de la reparación integral del daño o sólo se extienden a determinadas partidas indemnizatorias?

7.- ¿Es posible sistematizar en un conjunto unitario la totalidad de los supuestos de daños lícitos reparables?

De estas interrogantes nos haremos cargo a continuación

II.- LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.- La responsabilidad civil y el concepto “indemnización”

El enunciado “responsabilidad civil” es indicativo de “la disciplina que obliga a un sujeto a resarcir el daño sufrido injustamente por otro sujeto y, por ende, como tal, comprende la llamada responsabilidad “contractual”, consecuencia del incumplimiento, y la responsabilidad aquiliana, derivada de los hechos ilícitos”¹³⁸⁰.

La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética: el autor del daño responde de él, responsabilidad que se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima¹³⁸¹. Por ello, la responsabilidad en general se ha definido como “la reacción del Derecho ante la infracción de una de sus normas, por parte del comportamiento de un agente moral destinatario de las mismas, consistente en la realización de un reproche que se manifiesta en la consecuencia jurídica enlazada con dicha violación normativa”¹³⁸².

¹³⁸⁰ VISINTINI, G., *Tratado de la responsabilidad civil. 1. La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad*, traducción de AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. XV.

¹³⁸¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 13.

¹³⁸² SANZ ENCINAR, A., “El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del Derecho”, en *La responsabilidad ante el Derecho* (edición a cargo de FERNANDO PANTALEÓN), U. Autónoma de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 49 y 50.

Como expresa PANTALEÓN PRIETO¹³⁸³, el término responsabilidad se utiliza al menos en tres sentidos distintos: a) en un primer sentido, que lo expresa muy bien la palabra alemana *Verantwortlichkeit*, significa tener que responder, resultando el responsable obligado a indemnizar dicho daño al perjudicado. En esta acepción se utiliza cuando se habla de responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva o responsabilidad por el hecho ajeno; b) en un alcance totalmente diferente, en que responsabilidad (*Haftung*) forma binomio con deuda (*Schuld*), integrando la posición pasiva de la relación obligatoria, es decir, sumisión al poder de agresión del acreedor¹³⁸⁴, y; c) como significación de “estar obligado”, como en los casos de responsabilidad directa, principal, subsidiaria, solidaria o mancomunada, que no necesariamente se traduce en indemnizar daños y perjuicios.

Para que surja la responsabilidad civil, tradicionalmente se han exigido los siguientes elementos: a) una conducta activa u omisiva de la persona a quien se reclama la reparación; b) un criterio de imputación (culpa, riesgo, beneficio...); c) la existencia de un daño antijurídico que lesione un derecho o un interés jurídicamente tutelable; d) la existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño¹³⁸⁵.

En este acercamiento general al concepto, podemos concluir que lo característico de la responsabilidad civil es que ésta surge como reacción o reproche por la actuación de un sujeto que causa un daño antijurídico. Y su consecuencia normal será el nacimiento de una obligación indemnizatoria para reparar los perjuicios causados en tal evento.

Por su parte, la obligación de indemnizar al perjudicado es la consecuencia jurídica de las normas de responsabilidad civil contractual y

¹³⁸³ PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación y prescripción*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 16 y ss.

¹³⁸⁴ Cfr., Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II. Las relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 77 y ss.

¹³⁸⁵ REGLERO CAMPOS, L.F. Y PEÑA LÓPEZ, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinadores JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO Y FERNANDO REGLERO CAMPOS), segunda edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 42 y 43.

extracontractual¹³⁸⁶. De forma general, indemnizar es dejar a alguien indemne, sin daño, bien a través de la reparación *in natura*, bien mediante el pago de una suma de dinero, o bien por cualquier otro camino; con lo cual cabría concluir que indemnización y reparación serían una misma cosa¹³⁸⁷, por lo que la indemnización del artículo 1101 CC y la reparación del 1902 CC serían términos sinónimos, que englobarían toda forma de reparación.

Sin embargo, como apunta LLAMAS POMBO, el necesario rigor técnico-jurídico obliga a ver las cosas desde otra perspectiva, para reservar la expresión “indemnizar” para los supuestos de reparación de carácter sustitutivo-pecuniario, de manera que la indemnización no es sino una especie del género reparar: la indemnización (o su sinónimo resarcimiento) repara el daño por una vía muy concreta, que es la de establecer una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido¹³⁸⁸. En este entendido, todo el que indemniza, repara (por equivalente); pero no todo el que repara indemniza, pues existen otras vías de reparación distintas al resarcimiento económico.

Así las cosas, cabe inferir que cuando el artículo 1902 CC obliga al responsable del daño causado a “repararlo”, alude a cualquiera de las formas de reparación, ya en forma específica (en sus distintas variedades), ya mediante indemnización o equivalente pecuniario. Mientras que cuando el artículo 1101 CC sujeta al deudor que contraviene el tenor de la obligación a “la indemnización de daños y perjuicios”, se refiere exclusivamente al pago de una reparación pecuniaria¹³⁸⁹.

Esta necesaria precisión terminológica es necesaria para los efectos de nuestro estudio, pues en muchos casos se utiliza la expresión “indemnizar” para designar a las “compensaciones” que las leyes atribuyen a determinados sujetos, como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a

¹³⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., *Voz indemnización...*, cit., p. 3517.

¹³⁸⁷ En este sentido, FISCHER, H., *op. cit.*, p. 132.

¹³⁸⁸ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 9.

¹³⁸⁹ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., pp. 9 y 10.

los titulares. Estas compensaciones son las que llama DÍEZ-PICAZO “indemnizaciones por sacrificio”, donde admite un uso amplio y equívoco de la palabra “indemnización”, pero en el entendido que aquellas son netamente distintas a las genuinas “indemnizaciones de daños”¹³⁹⁰, propias de la responsabilidad civil. Y reserva esta denominación precisamente a varias de las hipótesis que hemos estudiado precedentemente: artículos 361, 558, 562 y 564 CC, y al justiprecio de las expropiaciones forzosas¹³⁹¹.

2.- Los daños lícitos reparables en el sistema de la responsabilidad civil.

El caso italiano

En Italia, donde se ha estudiado con más detención y profundidad el tema que nos convoca, existe un importante sector doctrinario que sitúa a la categoría de los daños lícitos reparables dentro del sistema de la responsabilidad civil (el cual hemos analizado al hablar de la naturaleza jurídica de los daños lícitos reparables).

Punto central de esta tendencia lo configura, a nuestro juicio, la concepción de *danno ingiusto* del artículo 2043 CC italiano que viene aceptándose desde los años sesenta del siglo pasado, en virtud del cual la injusticia se predica del daño y no de la conducta. Esta nueva concepción doctrinal tiene la virtud de escindir el concepto del ilícito de la culpa civil y, además, de observar una doble previsión en el artículo 2043: la primera, relativa a una cláusula general de responsabilidad (daño injusto) y, la segunda, que fija un criterio de imputación de la responsabilidad (culpa)¹³⁹².

De esta manera, el artículo 2043 pasa a tener el carácter de una norma primaria¹³⁹³, la cual califica, a través de la *ingiustizia*, los agravios o daños que merecen reparación. De esta forma, la injusticia adquiere una función amplia, ya que el término “*ingiusto*” no sólo va a entenderse en el sentido de

¹³⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., pp. 56 y 57. En el sistema chileno, estas compensaciones se conocen con el nombre de “indemnizaciones por afectación lícita de derechos” (*cfr.*, CORRAL TALCIANI, H., *op. cit.*, pp. 58 y 59).

¹³⁹¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 57.

¹³⁹² VISINTINI, G., *Il danno...*, cit., p. 181.

¹³⁹³ SCHLESINGER, P., *op. cit.*, p. 342.

antijurídico (*contra ius*), sino también en el sentido de daño no justificado (*non iure*)¹³⁹⁴. Por ende, el criterio de la injusticia del daño constituye una válvula de apertura que tendrá su medida o alcance según los parámetros de justicia que predominen en la sociedad. La connotación de la injusticia del daño se ha erigido como factor esencial de cada juicio de responsabilidad y punto focal de la disciplina del ilícito¹³⁹⁵.

Por otro lado, aceptando que el resarcimiento no es una característica específica de los ilícitos civiles, podría admitirse que la reparación de los daños derivados de actos lícitos constituye el efecto jurídico de aquéllos, ya que representa sólo un medio de protección de la esfera jurídica subjetiva¹³⁹⁶. Y, así las cosas, se podría sostener que la responsabilidad derivada de un acto lícito no es excepcional en la *ratio* del instituto de la responsabilidad civil¹³⁹⁷, dado que ésta es principalmente una reacción al daño injusto, entendiendo por tal a aquél que se sustenta en la lesión de un interés del dañado tutelado por el ordenamiento, lo que incluso puede acontecer cuando el acto del cual emane sea lícito¹³⁹⁸.

En efecto, si bien el acto ilícito se contrapone al acto lícito, ambos análogamente producen una misma consecuencia: un daño injusto resarcible¹³⁹⁹. La circunstancia de que una norma autorice un comportamiento, no implica que también autorice a generar un daño; de lo que se deduce que el problema no se encuentra en el poder excepcionalmente atribuido a un sujeto, sino en el uso del poder hecho por éste: el juicio de licitud no debe efectuarse con respecto a la subsistencia del poder de actuar, que está previsto por la ley, sino al resultado final de la acción: el hecho lesivo¹⁴⁰⁰.

Por lo antes dicho, no se aprecia contradicción entre la existencia de estos daños y su posibilidad de resarcimiento. La autorización de un determinado

¹³⁹⁴ BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI Y NATOLLI, *op. cit.*, p. 708; VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 824.

¹³⁹⁵ BESSONE, M., *op. cit.*, p. 55.

¹³⁹⁶ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263.

¹³⁹⁷ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263; PERLINGIERI, P., *op. cit.*, p. 1079.

¹³⁹⁸ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 264; MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 159.

¹³⁹⁹ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 101.

¹⁴⁰⁰ FRANZONI, M., *Dei fatti...*, cit., p. 115.

comportamiento define los límites de la actividad reconocida a un sujeto, en cuyo ámbito dicha conducta está garantizada por el ordenamiento. En cambio, el juicio de resarcibilidad del daño se refiere a la valoración del perjuicio verificado en el patrimonio de un sujeto a fin de imputarlo a otro¹⁴⁰¹. Con lo cual la responsabilidad civil comprende tanto a la responsabilidad aquiliana –sancionatoria y reparatoria– como a la no aquiliana –sólo reparatoria–, no obstante estar separadas por la nota de antijuridicidad¹⁴⁰².

3.- El caso español: no pertenencia al sistema de la responsabilidad civil

Cuando el legislador ordena en el incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio a “resarcir” los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido (artículo 43.1 CC); o al autor de la obra a “indemnizar los daños y perjuicios” que se ocasionen a los titulares de derechos de explotación para ejercer su derecho de retirada (artículo 14.6.LPI); o a los dueños de los predios dominantes a pagar la “previa indemnización” a los titulares de los predios sirvientes para poder ejercitar la respectiva servidumbre (artículos 554, 555, 562, 564 y 588 CC); o al propietario del enjambre de abejas que las persigue en fundo ajeno o al titular de la denominada “servidumbre de andamiaje” a pagar la “indemnización” correspondiente a los daños efectivamente causados (artículos 612 y 569 CC); o al arrendador a “indemnizar” los gastos que el arrendatario se vio obligado a efectuar con ocasión de las obras de mejoras efectuadas por el primero (artículo 22 LAU); o, en las uniones de bienes de buena fe, la obligación que pesa sobre el propietario de la cosa principal a indemnizar el valor de la cosa accesoria (artículos 360 y 375 CC), o del constructor a pagar el precio del terreno (artículo 361 CC) o del especificante de “indemnizar” el valor de la materia (artículo 383 CC); o, respecto de los daños causados en estado de necesidad, cuando obliga a los “responsables civiles directos” a abonar el “perjuicio que se les haya evitado” (artículo 118.1 CP), ciertamente no podemos hablar de una conducta contraria a Derecho de los que se encuentran obligados a enterar la correspondiente “indemnización”.

¹⁴⁰¹ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 264.

¹⁴⁰² MAZOLLA, M., *op. cit.*, p. 206.

Todas las hipótesis estudiadas se fundan en la existencia de una norma que ha autorizado la realización de las conductas, sea expresamente, sea tácitamente.

Pertencen a las primeras: a) el incumplimiento sin causa de la promesa matrimonial, desde que la promesa de matrimonio “no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración” (artículo 42.1 CC); b) el derecho del propietario del enjambre de abejas para perseguirlo en la finca ajena (artículo 612.1 CC); c) el derecho de retirada que la ley otorga a los autores (artículo 14.6. LPI); d) el derecho del arrendador de efectuar obras de mejoras en el inmueble arrendado (artículo 22 LAU); el derecho que tiene los propietarios de los predios dominante a imponer las servidumbres forzosas a los titulares de los predios sirvientes (artículos 554, 555, 557, 562, 564, 569 y 588 CC), y; e) la realización del acto necesitado respecto de los daños causados en estado de necesidad (artículo 20 N°5 CP).

Un segundo grupo de casos, que perfilamos bajo la caracterización de autorización tácita, se refieren a los supuestos de uniones de bienes operadas de buena fe. Y decimos que existe una autorización tácita del ordenamiento en este específico grupo de casos, porque el ordenamiento no ha querido ni fomentado el resultado previsto por la norma, pero lo reconduce a una actuación lícita –como veremos–, máxime si la actuación del incorporante no ha tenido la intención de efectuar tal unión de bienes, puesto que lo ha sido desconociendo que lo hacía en terreno ajeno o utilizando materia ajena. Como dice DÍEZ-PICAZO a estos efectos, “buena fe significa que la persona que realiza un acto que altera la estructura o la sustancia de una cosa ajena, ignora, por error excusable, el alcance objetivamente ilícito de su acto y lo realiza en la creencia de su licitud”¹⁴⁰³.

Abona el hecho de estar en presencia de una autorización tácita –sin embargo de no ser querida la unión de bienes operada de buena fe–, la circunstancia de que el ordenamiento legitima la conducta del incorporante, que de otro modo

¹⁴⁰³ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 846.

sería contraria a Derecho. Así ocurre en el supuesto previsto en el artículo 360 CC, en que el propietario del suelo al edificar, plantar o sembrar con materiales ajenos comete un acto objetivamente ilícito, pues existe una apropiación de cosas ajenas¹⁴⁰⁴; constituyendo un supuesto de intromisión por usurpación de cosa ajena¹⁴⁰⁵ en que, además, es el propio enriquecido quien ha provocado la atribución mediante una injerencia en asunto ajeno¹⁴⁰⁶. En virtud de la norma, el efecto de la actuación de buena fe del propietario del suelo evita la sanción correspondiente a un ilícito determinado¹⁴⁰⁷, lo cual también ocurre en la adjunción (artículo 375 CC) y en la especificación (artículo 383 CC).

Pues bien, en estos casos que hemos denominado de “autorización tácita”, lo que subyace es la existencia de una regla de restitución del valor de las cosas ajenas¹⁴⁰⁸, ya que lo que persigue es, principalmente, ser la vía de solución de un conflicto de intereses¹⁴⁰⁹.

En este escenario, podemos constatar como notas comunes a los casos examinados en la parte primera de este capítulo la ausencia de la violación de un deber, la existencia de un daño y la necesidad de una compensación económica en favor del perjudicado o sacrificado. En estos supuestos, la “indemnización” puesta de cargo del autor del daño, no puede relacionarse con la violación de un deber de comportamiento, ya que las normas permisivas autorizan la realización del comportamiento dañoso y excluyen la antijuridicidad del mismo¹⁴¹⁰. Así, las normas autorizantes del hecho generador del daño excluyen, de una parte, la tutela implícita del *neminem laedere*, y, de otra, entregan el instrumento para la reparación del equilibrio turbado¹⁴¹¹.

Siguiendo a DE CUPIS, no se puede negar en estos supuesto la existencia de un daño en sentido jurídico, ya que cuando un interés se lesiona se realiza un

¹⁴⁰⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 853; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 153.

¹⁴⁰⁵ BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, pp. 280 y 281.

¹⁴⁰⁶ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 846; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 153.

¹⁴⁰⁸ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 234; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículo 353 y ss...*, cit., p. 498.

¹⁴⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 839; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 268.

¹⁴¹⁰ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 174; MESSINEO, F., *op. cit.*, p. 563.

¹⁴¹¹ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 175.

perjuicio, un daño; y si este daño, procediendo de una causa extraña al sujeto que lo sufre, produce una reacción jurídica a favor de este mismo sujeto, es porque evidentemente se trata de un daño en sentido jurídico, con independencia de su antijuridicidad o ilicitud¹⁴¹².

Todos los casos estudiados generan un sacrificio, una desventaja o una pérdida en el patrimonio del dañado. Siguiendo el concepto de daño de la teoría diferencial de MOMMSEM¹⁴¹³, ciertamente los supuestos estudiados encajan en los presupuestos de la misma, desde que, acontecido el hecho generador del daño, el patrimonio del perjudicado ha disminuido su valor, sea porque se le ha privado de una cosa (situaciones de accesión), sea porque se agredió aquél (gastos efectuados en la promesa matrimonial o por las obras de mejoras de los arrendamientos de inmuebles urbanos; los perjuicios causados a la finca por el paso del propietario del enjambre de abejas o por el ejercicio de la denominada “servidumbre de andamiaje”, o los sufridos por el dañado en el estado de necesidad), sea porque se afectó la exclusividad de su derecho de goce sobre la misma (situaciones de servidumbre).

Y, ciertamente, constituyen un daño jurídicamente relevante, desde que este daño ha sido tenido en cuenta por la norma mediante la asignación de unos efectos jurídicos determinados: su “indemnización”¹⁴¹⁴.

Por lo tanto, conforme a lo antes expuesto, los supuestos de daños lícitos reparables pertenecen al género de los daños no antijurídicos: “...el daño que afecta al interés sacrificado por el Derecho no es antijurídico y la reacción que a él corresponde no es una sanción, por la mera razón de que con ella el Derecho pretende no garantizar tan sólo la prevalencia de un interés, sino, más aún, compensar al sujeto del interés que por él ha resultado sacrificado”¹⁴¹⁵.

¹⁴¹² DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 93 y 94; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 167.

¹⁴¹³ *Cfr.*, LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 2

¹⁴¹⁴ *Cfr.*, FISCHER, H., *op. cit.*, p. 1; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 42.

¹⁴¹⁵ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 93.

Y ello es así porque la obligación de indemnizar no nace de un acto ilícito y, en consecuencia, no se encuentra sometida al régimen común de responsabilidad civil por daño antijurídico¹⁴¹⁶.

Así también lo ha entendido la doctrina, al sustraer de la responsabilidad civil a esta clase de “indemnizaciones”. Así, refiriéndose a la hipótesis del artículo 612.1 CC (persecución de enjambre de abejas en fundo ajeno), PANTALEÓN PRIETO refiere que “se trata de un supuesto típico de la llamada “responsabilidad por acto lícito”, “responsabilidad por ataques o transgresiones permitidos (*Haftung für erlaubte Eingriffe*)” o “responsabilidad o pretensión por el sacrificio (*Aufopferungshaftung, Aufopferungsanspruch*)”, ajena a toda idea de culpa¹⁴¹⁷. Lo que luego reitera al calificar a estas indemnizaciones como “cuasiexpropiatorias o de sacrificio”, con expresa cita a los artículos 569 y 612 CC (daños derivados de la denominada “servidumbre de andamiaje” o por el paso del propietario del enjambre de abejas por el fundo ajeno, respectivamente)¹⁴¹⁸, señalado que la “la lógica “expropiatoria” de los artículos 569 ó 612 CC nada tiene que ver con la lógica del “derecho de accidentes” del artículo 1902 CC, o del artículo 1905 CC...”¹⁴¹⁹; y ratifica en un trabajo posterior, con cita a las páginas 56 a 59 de la obra “Derecho de Daños” de DíEZ-PICAZO¹⁴²⁰, en las que este insigne jurista se refiere a las “indemnizaciones por sacrificio” como netamente distintas de las genuinas “indemnizaciones por daños”, mencionando entre sus supuestos a las indemnizaciones por la accesión del artículo 361 CC, por las servidumbres de los artículos 558, 562 y 564 CC y por la expropiación¹⁴²¹.

Otro tanto ocurre cuando los autores se refieren a los daños causados en estado de necesidad. Así, YZQUIERDO TOLSADA nos dice que “la suma a la que se refiere el artículo 118 CP no se debe en concepto de responsabilidad civil,

¹⁴¹⁶ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 165.

¹⁴¹⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 612...*, cit., p. 328. La cursiva es nuestra. También el mismo autor en *Artículo 1902...*, cit., p. 1995.

¹⁴¹⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos...*, cit., pp. 247 y ss.

¹⁴¹⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos...*, cit., nota 9, p. 248, no obstante considerar que carece de utilidad suscitar la polémica levantada por los juristas italianos sobre si se trata o no de verdaderos supuestos de responsabilidad civil.

¹⁴²⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., *Cómo repensar...*, cit., nota 26, p. 451.

¹⁴²¹ DíEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 57.

sino de compensación ante un perjuicio que, aunque justamente ocasionado, hay que compensar de alguna forma”¹⁴²², aserto que confirma BUSTO LAGO¹⁴²³. En este mismo orden de ideas, DE ÁNGEL YAGÜEZ menciona que “... el daño no es injusto. En consecuencia, la obligación de indemnizar establecida en el artículo 20.2ª del CP no es otra cosa que un expediente legal para evitar el enriquecimiento injusto a expensas de quien sufrió el daño”¹⁴²⁴. Todo lo cual ya había sido expuesto por Díez-Picazo en su trabajo “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en el cual manifestaba que el daño ocasionado por el supuesto típico del estado necesidad, aunque no antijurídico, era resarcible; y que una somera contemplación del precepto lo llevaba a concluir que la indemnización enlazaba más con un sistema de normas de restitución de lucros o beneficios en un Derecho de enriquecimiento que con un sistema de indemnización propio del Derecho de daños¹⁴²⁵. En el mismo sentido, ROCA TRÍAS¹⁴²⁶.

En sintonía con las líneas anteriores se manifiesta VARGAS ARAVENA respecto de los daños reparables por el incumplimiento de la promesa matrimonial: “la no ejecución de la promesa, por sí sola, no puede ni debe ser considerada un hecho “ilícito”, ni “antijurídico”, que pueda imputarse a culpa del esposo que se retracta; por el contrario, como hemos venido manifestando, la ruptura de los esponsales siempre es consecuencia del ejercicio del principio de libertad nupcial, que sólo bajo el excepcional escenario de que se produzca sin causa obliga a “resarcir” unos limitados gastos y obligaciones contraídas, pero que aun así, siguen siendo daños lícitos, cuestión que nos lleva a entender, en definitiva, que el término “resarcir” debe ser comprendido como sinónimo de “reembolsar” unos determinados gastos fundados en un “empobrecimiento jurídicamente repercutible en persona diferente de quien lo sufre, desplazamiento que se justifica en que se ha sufrido por su causa”¹⁴²⁷. Lo que también parecen insinuar BADOSA COLL¹⁴²⁸, RAGEL SÁNCHEZ¹⁴²⁹ y CARRIÓN

¹⁴²² YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles...*, cit., p. 250.

¹⁴²³ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., pp. 482 y 483.

¹⁴²⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 285.

¹⁴²⁵ *Ídem*.

¹⁴²⁶ ROCA TRÍAS, E., *op. cit.*, p. 93.

¹⁴²⁷ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, p. 60.

¹⁴²⁸ BADOSA COLL, F., *op. cit.*, p. 112.

OLMOS¹⁴³⁰, quienes califican la acción del artículo 43.1 CC como de “reembolso”, ya que no se trata de una indemnización en sentido técnico: no hay ilicitud porque no hay culpa ni tampoco daños, porque la ley habla de “gastos”.

A este grupo de autores que se pronuncian más o menos expresamente sobre el punto, existe otro conjunto de estudiosos del Derecho que, implícitamente, manifiestan la no pertenencia de los supuestos estudiados en la primera parte de este capítulo a la disciplina de la responsabilidad civil. Ello se debe, fundamentalmente, al lenguaje utilizado para denominar a las indemnizaciones previstas en los casos analizados, donde prefieren utilizar el término “compensación” en vez de “indemnización”, problemática terminológica que GIORGI anunciaba hace más de un siglo a propósito de la indemnización expropiatoria¹⁴³¹. Por ejemplo, lo hace ALONSO PÉREZ al estudiar el artículo 360 CC: “el abono del valor de los materiales por parte del *dominus solis*, no supone una adquisición de la propiedad por compra, sino una “compensación” al dueño de los materiales para evitar el desplazamiento patrimonial injustificado... La accesión se ha consumado y, para “compensar” el desequilibrio patrimonial del dueño de los materiales, el legislador impone al *dominus solis* la “indemnización” del valor de los mismos”¹⁴³². Idea que reitera a propósito del análisis del artículo 361 CC¹⁴³³. O bien, tratándose de la indemnización que regula el artículo 22.3 LAU, cuando la profesora TORRELLES TORREA se refiere a la misma como “compensación” por obras¹⁴³⁴.

¹⁴²⁹ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *op. cit.*, p. 58

¹⁴³⁰ CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 140.

¹⁴³¹ “... pero como en nuestra legislación faltan reglas precisas que regulen la materia de las compensaciones debidas a los particulares por las lesiones al derecho individual impuestas por las exigencias del interés público, por esto ocurre que las dos indagaciones frecuentemente se confunden, y la jurisprudencia recurre a la teoría del resarcimiento del daño para encontrar el fundamento del derecho de indemnización, que mejor debería llamarse compensación, con respecto al derecho individual sacrificado” (GIORGI, G., *Teoría de las obligaciones* (traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una introducción del Excmo. Sr. D. EDUARDO DATO IRADIER), volumen V, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1911, p. 264).

¹⁴³² ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss.*, cit., p. 255.

¹⁴³³ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss.*, cit., p. 267.

¹⁴³⁴ TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, p. 558.

Cabe destacar, en este extremo, la alusión que hace ALONSO PÉREZ al desplazamiento patrimonial injustificado, pues lo está refiriendo al enriquecimiento injusto¹⁴³⁵. Ello nos lleva a concluir que, efectivamente, la “compensación” de daños a que se refiere el eximio catedrático de Salamanca es completamente ajena a toda idea de responsabilidad civil, atendidas las grandes diferencias entre el Derecho de daños y el Derecho de enriquecimiento¹⁴³⁶.

En el Derecho comparado encontramos algunas manifestaciones de la misma idea. LARENZ, en el sistema alemán, refiere que “un último grupo de daños imputables representan los casos en que la ley, en consideración al interés predominante de otro, permite un ataque contra el derecho protegido *erga omnes*, siempre que concurren circunstancias muy especiales; impone, por tanto, al titular un deber de “tolerar” o le niega las facultades de defensa en otro caso dadas; pero se reconoce, *en compensación por la perturbación soportada*, una pretensión de indemnización de daños. El fundamento de este deber de indemnizar *no radica en estos casos ni en la responsabilidad por un acto antijurídico propio o ajeno*, ya que el ataque es conforme a Derecho por estar permitido, ni en la imputación de un determinado riesgo de cosa o de empresa, sino en la exigencia de justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque en forma autorizada, ha de indemnizar al perjudicado que hubo de soportar la perturbación de su derecho”¹⁴³⁷. En términos parecidos se manifiesta LEHMANN, al referirse a la exclusión de la antijuridicidad por motivos jurídicos públicos y privados en virtud del ejercicio lícito de facultades o por cumplimiento de un deber¹⁴³⁸.

¹⁴³⁵ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss.*, cit., p. 261.

¹⁴³⁶ *Vid.*, entre varios, NÚÑEZ LAGOS, R., *op. cit.*, pp. 7 y ss.; Díez-PICAZO, L., *Derecho....*, cit., pp. 48 y ss.; BARROS BOURIE, E., “Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”, en BARROS BOURIE, GARCÍA RUBIO y MORALES MORENO: *Derecho de Daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 26 y ss.

¹⁴³⁷ LARENZ, K., *op. cit.*, p. 690. La segunda cursiva es nuestra.

¹⁴³⁸ LEHMANN, H., *op. cit.*, p. 492. Y pareciera que así lo entendía ENNECERUS, al referirse a las hipótesis objeto de nuestro estudio como “actos sin culpa que obligan a indemnización” (ENECCERUS, L., *Derecho Civil. Parte general. Volumen II* (traducción de la trigésimo novena edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER), segunda edición al cuidado de JOSÉ PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1950, pp. 450 y ss.

En el ordenamiento chileno, BARROS BOURIE enseña que “existen actos que el Derecho autoriza, incluso expresamente, pero que tienen por efecto imponer a otra persona una carga. De la circunstancia de que la imposición de la carga sea lícita no se sigue que deba igualmente serlo la asunción del costo por parte de quien está obligado a soportarla. Un caso típico es el estado de necesidad: si para evitar un incendio se atraviesa la propiedad ajena (lo que es lícito en razón de la causa de justificación), *no se incurre propiamente en responsabilidad extracontractual*. A pesar de que el derecho del titular cede frente a un interés mucho mayor, en definitiva, esa carga impuesta al vecino no tiene que ser soportada por éste. Una vez cesada la situación, quien ha actuado en estado de necesidad debe compensar al afectado por el daño sufrido en su bien”¹⁴³⁹.

Pero quienes han dedicado más líneas a esta problemática han sido los italianos, con ocasión de la *indennità* a que da lugar la reparación de sus “actos lícitos dañosos”, equivalentes a nuestros daños lícitos. Las hipótesis de daños lícitos reparables en el sistema italiano traen aparejada una *indennità* para los titulares de los derechos sacrificados por la prevalencia de otro derecho, por ejemplo: el paso que debe dar el propietario del fundo a su vecino para construir o reparar un muro u otra obra: “... *se l'accesso cagiona danno, è dovuta un'adeguata indennità*” (artículo 843 CC italiano¹⁴⁴⁰, semejante al artículo 569 CC); el propietario del enjambre de abejas que las persigue en fundo ajeno: “... *ma deve indennità per il danno cagionato al fondo...*” (artículo 924 CC italiano¹⁴⁴¹, semejante al artículo 612 CC); o el caso de la constitución de las servidumbres coactivas: “... *la sentenza stabilisce le modalità della servitù e determina l'indennità dovuta*” (artículo 1032 CC italiano¹⁴⁴², al igual que las

¹⁴³⁹ BARROS BOURIE, E., *Tratado...*, pp. 932 y 933. La cursiva es nuestra.

¹⁴⁴⁰ “*Accesso al fondo. (1) Il proprietario deve permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo, sempre che ne venga riconosciuta la necessità, al fine di costruire o riparare un muro o altra opera propria del vicino oppure comune. (2) Se l'accesso cagiona danno, è dovuta un'adeguata indennità. (3) Il proprietario deve parimenti permettere l'accesso a chi vuole riprendere la cosa sua che vi si trovi accidentalmente o l'animale che vi si sia riparato sfuggendo alla custodia. Il proprietario può impedire l'accesso consegnando la cosa o l'animale*”.

¹⁴⁴¹ “*Sciami di api. Il proprietario di sciami di api ha diritto d'inseguirli sul fondo altrui, ma deve indennità per il danno cagionato al fondo; se non li ha inseguiti entro due giorni o ha cessato durante due giorni d'inseguirli, può prenderli e ritenerli il proprietario del fondo*”.

¹⁴⁴² “*Modi di costituzione. (1) Quando, in forza di legge, il proprietario di un fondo ha diritto di ottenere da parte del proprietario di un altro fondo la costituzione di una servitù, questa, in*

servidumbres del CC analizadas); o por los daños causados en estado de necesidad: “... *al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura e rimessa all'equo apprezzamento del giudice*” (artículo 2045 Codice)¹⁴⁴³.

Se señala que la *indennità* es el remedio reparatorio de los daños no antijurídicos¹⁴⁴⁴, a diferencia del *risarcimento*, propio de la condena aquiliana¹⁴⁴⁵. No tiene carácter sancionatorio, como si lo tiene el *risarcimento*, que se impone al responsable de la lesión injusta de un interés como consecuencia de la violación de su norma protectora¹⁴⁴⁶. Asimismo, generalmente la *indennità* da origen a una reparación más limitada y restringida de los perjuicios ocasionados, en atención a que los daños causados han sido consentidos por el legislador, generando, en consecuencia, un tratamiento más indulgente por parte del mismo¹⁴⁴⁷. Finalmente, la *ratio* de la *indennità* tiene su fundamento en la equidad, como manifestación de un principio de justicia distributiva^{1448 1449}.

Ahora bien, también es indicativo de la no pertenencia de estos daños al sistema de la responsabilidad civil, el hecho de que en la generalidad de los

mancanza di contratto, e costituita con sentenza. Può anche essere costituita con atto dell'autorità amministrativa nei casi specialmente determinati dalla legge (853 e seguenti). (2) La sentenza stabilisce le modalità della servitù e determina l'indennità dovuta. (3) Prima del pagamento della indennità il proprietario del fondo servente può opporsi all'esercizio della servitù”.

¹⁴⁴³ “*Stato di necessità. Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato ne era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura e rimessa all'equo apprezzamento del giudice*”.

¹⁴⁴⁴ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 759.

¹⁴⁴⁵ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 123. YZQUIERDO TOLSADA aprecia la diferencia entre *indennità* y *risarcimento*, poniendo de manifiesto que el *risarcimento* es una noción que el *Codice* reserva para la auténtica *responsabilità civile* (YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 114).

¹⁴⁴⁶ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 759; MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 124. Se afirma que el mérito de utilizar el término *indennità* es sólo el de destacar la naturaleza de compensación por hecho lícito (MOROZZO DELLA ROCCA, P., *op. cit.*, p. 435).

¹⁴⁴⁷ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 123 y 125. Basado en la diferencia de la extensión del daño reparable, MIR PUIGPELAT sostiene, en sede expropiatoria del sistema alemán, que una distinción terminológica semejante a *risarcimento* e *indennità* se manifiesta con las palabras *Schadensersatz* y *Entschädigung*: la primera persigue situar a la víctima en la posición en la que se encontraría de no haberse producido el daño; la segunda se limita a restituir el valor del bien o derecho dañado (MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilità...*, cit., nota 96, p. 78).

¹⁴⁴⁸ ALESSI, R., *La responsabilità da atti legittimi...*, cit., p. 628.

¹⁴⁴⁹ En todo caso, debemos destacar que hay opiniones en la doctrina italiana que consideran insuficiente, para efectos de una general distinción, sostener la diferencia entre *indennità* y *risarcimento* en el carácter lícito o ilícito del hecho generador del daño como en la diferencia de la extensión de la reparación (*cf.*, PERLINGIERI, P., *La responsabilità...*, cit., p. 1067).

casos no tiene aplicación el principio de la reparación integral del daño, propio de aquella, como veremos a continuación.

4.- La inaplicabilidad del principio de reparación integral del daño

El principio en comento, piedra angular de la reparación de daños y perjuicios, es un principio clásico de la responsabilidad civil, que tiene su origen en el Derecho romano¹⁴⁵⁰. Se acostumbra a sintetizarlo en el siguiente enunciado acuñado por la doctrina francesa: “hay que reparar el daño, todo el daño y nada más que el daño”, según la conocida fórmula de TOULEMON-MOORE¹⁴⁵¹.

En virtud del principio de reparación íntegra (*restitutio in integrum, compensatio in integrum, repensatio in integrum, reductio ad integrum*), cualquier sistema de valoración del daño –de tipo judicial o de tipo legal– ha de estar enderezado a proporcionar una reparación que comprenda todos y cada uno de los daños padecidos, con referencia tanto a los extrapatrimoniales como a los patrimoniales, habiéndose de socorrer solamente el daño, pero sin dejar de resarcir daño alguno relevante¹⁴⁵².

Para cumplir tal objetivo, deben concurrir dos condiciones: primero, la indemnización no puede limitarse a compensar solamente una parte de ese daño y, segundo, la indemnización no puede exceder del perjuicio efectivamente causado para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del perjudicado¹⁴⁵³.

Ahora bien, del artículo 1902 CC no se puede extraer ningún criterio de valoración del daño, no obstante que para proceder a su reparación debe efectuarse su valoración o cuantificación económica. Para estos efectos, el

¹⁴⁵⁰ NAVEIRA ZARRA, M.M., “La valoración del daño resarcible”, en *AFDUDC*, N°7 (2003), p. 599.

¹⁴⁵¹ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 12. Cfr., MEDINA CRESPO, M., “La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada”, en *RRCS*, N°40 (2011), p. 26; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., “Los límites al principio de reparación íntegra”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°15 (2010), p. 10.

¹⁴⁵² MEDINA CRESPO, M., *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁵³ NAVEIRA ZARRA, M.M., *La valoración...*, cit., pp. 599 y 600.

principio de reparación integral se erige como una aspiración deseable para traducir en un *quantum* los daños sufridos¹⁴⁵⁴.

Este principio no tiene vigencia tratándose de la “indemnización” de los daños lícitos que hemos estudiado, pues los perjuicios a reparar que contempla la norma que dispone su respectivo pago no alcanzan a la totalidad de aquellos susceptibles de sufrir el perjudicado en su patrimonio.

Para analizar este tópico, distinguiremos diversos grupos de casos, como pasamos a exponer.

4.1.- Casos en que el legislador ha limitado expresamente el daño reparable

En los casos que reseñaremos, ha sido la propia disposición normativa que, en su estructura, ha considerado expresamente el perjuicio reparable y la extensión del mismo, a saber:

a) Tratándose de los daños ocasionados por el incumplimiento de la promesa de matrimonio, sólo se repara a la parte perjudicada “los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”. Se ha evidenciado que se trata de una reparación limitada¹⁴⁵⁵, tasada por la ley, que quiere evitar abusos, especulaciones y cuanto pueda significar coacción para celebrar el matrimonio¹⁴⁵⁶, que no se extiende al interés contractual positivo y tampoco a la totalidad del interés negativo¹⁴⁵⁷. Esta restricción se fundamenta en el intento de conciliar, por un lado, la libertad para contraer matrimonio y, por otro, el interés del promitente que ejecutó ciertos gastos o contrajo determinadas obligaciones en la confianza de celebrar el matrimonio prometido.

¹⁴⁵⁴ VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinadores JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO Y FERNANDO REGLERO CAMPOS), segunda edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 99 y 100.

¹⁴⁵⁵ Entre varios, SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 38; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 41; ESPÍN CÁNOVAS, D., *op. cit.*, p. 15; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, pp. 140 y ss.

¹⁴⁵⁶ SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 38.

¹⁴⁵⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 56; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, p. 144; BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., nota 7, p. 263.

b) Respecto de las obras de mejora del artículo 22 LAU, la indemnización en favor del arrendatario que soporta las mismas sólo cubre los gastos que las obras de mejora les obliguen a efectuar, es decir, los gastos necesarios para mantener las condiciones de habitabilidad alteradas por la realización de las obras de mejora en la vivienda o en cualesquiera otras dependencias o servicios cedidos como accesorios a la misma¹⁴⁵⁸. Como se ha escrito, la mencionada disposición busca una ponderación y protección de los intereses del arrendador y del arrendatario¹⁴⁵⁹, permitiendo, por una parte, realizar las obras al arrendador y, de otra, protegiendo el interés del arrendatario mediante la compensación de los gastos que las obras le obliguen a efectuar.

c) En relación a la accesión de mueble a inmueble en suelo propio con materiales ajenos por parte del propietario de buena fe, el artículo 360 CC limita la reparación al abono del valor de los materiales. Recordemos que las normas de accesión son propiamente normas de resolución de conflictos de intereses más que de atribución del dominio de la cosa respectiva¹⁴⁶⁰.

d) En la accesión de mueble a inmueble con materiales propios en suelo ajeno efectuada por el incorporador de buena fe, el artículo 361 CC contempla dos situaciones: si el dueño del terreno decide hacer suya la cosa, sólo quedará obligado a la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 CC; en caso contrario, puede obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente. Recordemos que a la disposición en comento se le ha calificado como una norma de compensación¹⁴⁶¹, puesto que busca un equilibrio entre el interés del dueño del suelo en no salir perjudicado por la intromisión y el interés del constructor en no perder el resultado de su iniciativa y esfuerzo¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁸ RODRÍGUEZ MORATA, F., *op. cit.*, pp. 539 y 540.

¹⁴⁵⁹ BLASCO GASCÓ, F., *op. cit.*, p. 815.

¹⁴⁶⁰ Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., p. 839; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, pp. 268 y 269.

¹⁴⁶¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 500.

¹⁴⁶² CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, pp. 115 y 116; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 301.

e) En la unión o accesión mobiliaria propiamente dicha, el propietario de la cosa principal queda sólo obligado a “indemnizar” el valor de la cosa mueble incorporada al anterior dueño (artículo 375 CC).

f) Situación semejante ocurre en la especificación, en que, o bien el artífice hace suya la obra o especie nueva “indemnizando” su valor al dueño de la materia ajena, o bien, cuando la materia es de mayor valor que la obra o especie nueva, el dueño de la materia puede quedarse con ella, “indemnizando” el valor de la obra, o pedir “indemnización” por la materia.

g) Tratándose de los daños causados en estado de necesidad, su indemnización queda delimitada sólo por el “perjuicio evitado” por la actuación necesitada, en caso de que sea estimable (artículo 118.1 regla 3ª CP). En caso de no ser estimable, queda entregado al “prudente arbitrio” del juez. Con lo cual, sólo determinados daños son puestos de cargo del llamado a repararlos, existiendo, en consecuencia, una especie de limitación del *quantum respondeatur*.¹⁴⁶³ De allí la exigencia primigenia referida al “perjuicio evitado” y no al perjuicio “sufrido”, como también el recurso al “prudente arbitrio” del juez en su determinación.

En este grupo de casos, los daños contemplados por la norma son limitados, no obstante la posibilidad cierta de haberse producidos otros perjuicios. Así, en la ruptura de la promesa matrimonial, los autores se han preguntado si es indemnizable el daño moral ocasionado por aquélla, lo que un sector doctrinario ha aceptado, pero no considerando como fuente al artículo 43 CC, sino otras normas que generen tal consecuencia¹⁴⁶⁴, por ejemplo, bajo el amparo del artículo 1902 CC o bajo la cobertura del principio general de enriquecimiento injusto¹⁴⁶⁵ ¹⁴⁶⁶. O, agregamos nosotros, tratándose de las

¹⁴⁶³ BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 470.

¹⁴⁶⁴ GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁶⁵ SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 39; LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 142. En el mismo sentido se pronuncia ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 478. También la jurisprudencia, v. gr., STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020), quien la ha admitido al amparo del artículo 1902 CC. Sobre el punto, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.P., *Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996...*, cit., pp. 408 y ss.

¹⁴⁶⁶ En todo caso, esta partida indemnizatoria ha sido negada por otro sector importante de la doctrina, atendido el tenor literal y el carácter cerrado y taxativo de los efectos patrimoniales

obras de mejoras del inmueble urbano arrendado, ¿podrían reclamarse, además, los daños extrapatrimoniales generados por los ruidos excesivos que dichas obras acarrearán? Lo único que es claro en este caso es que ciertamente no podrían serlo a través del artículo 22 LAU.

De esta manera, podemos avanzar algunas ideas sobre esta reparación limitada determinada expresamente por el legislador: no contempla el daño extrapatrimonial y, asimismo, tampoco comprende al *id quod interest*, es decir, el interés que el perjudicado tenía en las cosas de que ha sido privado o perturbado o el valor que tengan precisamente para la persona perjudicada, o sea, la repercusión subjetiva en el patrimonio de la víctima y no el valor mismo de aquellas (*pretium singulare*); a diferencia de la *aestimatio rei*, que se refiere al *pretium commune* o valor que el objeto tiene para todos¹⁴⁶⁷.

Entendemos que es así porque los daños a los que nos estamos refiriendo son aquellos calificados como daños no antijurídicos. Y la esencia de la prestación del *id quod interest* es “la causación de un perjuicio, del daño injusto, antijurídico, imputable objetivamente a la falta de cumplimiento, cuando, además, tal incumplimiento es subjetivamente imputable al deudor...”¹⁴⁶⁸.

Por otro lado, tratándose de las indemnizaciones y desembolsos debidos como consecuencia de la adquisición operada de buena fe, se ha dicho que constituyen, más bien, deudas de enriquecimiento, que tienen por objeto restablecer el desajuste económico o el desequilibrio patrimonial sufrido por el

contemplados en el artículo 43 CC. La expresión del adverbio “sólo” abonaría esta conclusión, ya que evidenciaría la opción legislativa de hacer reparables solamente aquellos daños expresamente contemplados por la norma (DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 57; CARRIÓN OLMOS, S., *op. cit.*, pp. 140 y ss.).

¹⁴⁶⁷ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 3. Un completo y exhaustivo análisis puede verse en la obra del mismo autor *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, ya citada.

¹⁴⁶⁸ LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento...*, cit., p. 275, que si bien se refiere a la relación contractual, pone de manifiesto la existencia de un hecho ilícito imputable al dañador como condición para la reparación de tales perjuicios, presupuesto que no concurre en los daños lícitos reparables, donde no existe una conducta reprochable del autor del daño.

perjudicado y que se traduce en el abono del valor de lo perdido por esta causa¹⁴⁶⁹.

4.2.- Casos en que la doctrina ha limitado expresamente el daño reparable

El mismo fenómeno de limitación de las partidas indemnizables podemos observar en los demás supuestos analizados en que la ley ordena la “indemnización” genérica de daños y perjuicios, sin dar mayores pautas. En estas hipótesis, han sido los autores los que se han encargado de restringir los rubros reparatorios en cada uno de los casos, a saber.

a) En el ejercicio del derecho de retirada del artículo 14.6 LPI, dada la ausencia de criterios de determinación del *quantum*, parece existir consenso en que en este punto resultan de aplicación las reglas generales del CC (artículos 1106 y 1107), con lo cual la indemnización previa comprendería tanto el daño emergente como el lucro cesante¹⁴⁷⁰ emanado de la privación de las facultades patrimoniales que debe soportar el titular de los derechos de explotación como consecuencia de la retirada¹⁴⁷¹.

No obstante lo anterior, los autores no se muestran abiertos a aceptar una comprensión amplia de tales reglas generales, ya que se constata que estamos en presencia de unos daños producidos como consecuencia del ejercicio de una facultad legalmente reglada¹⁴⁷². Y, así, hay quienes sólo lo limitan al daño emergente, pero nunca al lucro cesante¹⁴⁷³. Y, otros, que aceptando la reparación del lucro cesante, señalan ciertos criterios para su establecimiento, por ejemplo, apreciando la curva de ventas de la obra retirada tomando en

¹⁴⁶⁹ Cfr., Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., pp. 846, 853 y 854; ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., pp. 257, 261 y 267; BASOZABAL ARRUÉ, X., *op. cit.*, p. 268 y 277 y ss.

¹⁴⁷⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 293; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 232; MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3397. En los sistemas francés e italiano, frente a la misma problemática se llega a idéntica solución (cfr., respectivamente, DESBOIS, H., *op. cit.*, p. 490; PERLINGIERI, P., *Codice civile...*, p. 694).

¹⁴⁷¹ MARÍN LÓPEZ, J.J., *op. cit.*, p. 218.

¹⁴⁷² CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 293; RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 335.

¹⁴⁷³ PLAZA PENADÉS, J., *op. cit.*, p. 141. Una postura similar pareciere sostener RAMS ALBESA, quien declara que “debería estarse a los desembolsos totales más los intereses de esta cifra” (RAMS ALBESA, J., *op. cit.*, p. 335).

consideración las restantes obras del autor que continúan en el comercio¹⁴⁷⁴ o el seguimiento de ciertos criterios limitativos de las posibles ganancias en función de las características ya presentadas por la explotación de la obra¹⁴⁷⁵.

De lo anterior, podemos concluir que no existen dudas respecto de la reparación del daño emergente, pero el lucro cesante se encuentra, al menos, bastante restringido en cuanto a su extensión. Nos parece que estas limitaciones se basan, en primer lugar, en la constatación de que estamos ante el ejercicio de una facultad legal que, por su licitud y naturaleza transaccional, impiden transferir la totalidad de su importe al patrimonio del autor, como si hubiere actuado antijurídicamente; y, en segundo lugar, porque de admitirse una reparación integral de los daños sufridos por el titular de los derechos de explotación, se correría un gran riesgo de que este derecho no pudiese ser ejercitado, dejando en letra muerta la previsión normativa en estudio.

b) En la situación de la servidumbre de estribo de presa (artículo 554 CC), a falta de criterios para la determinación del *quantum* “indemnizatorio”, se ha estimado que la reparación debe considerar el valor del terreno ocupado por el estribo¹⁴⁷⁶. Lo anterior, sin perjuicio de indemnizarse los daños que se produzcan en el predio sirviente una vez que se realice la obra, pero no previamente, sino en el momento en que se produzcan y si se producen¹⁴⁷⁷ (artículo 48 TRLA).

c) En el caso de la servidumbre de agua y abrevadero (artículo 555 CC), al no señalarse igualmente parámetro alguno para efectos de determinar la “indemnización previa”, la doctrina ha señalado que debe comprender el daño ocasionado al fundo sirviente por el paso y por la estancia en él de personas o de animales¹⁴⁷⁸. SCAEVOLA va más allá, señalando que debe indemnizarse el

¹⁴⁷⁴ MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 232.

¹⁴⁷⁵ MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3399, siguiendo la tesis francesa expuesta por DESBOIS, el cual menciona que es conveniente observar –al momento de ejercer el derecho de retirada– la curva de ingresos que presenta la explotación de la obra, a fin de perseguir una indemnización equitativa (DESBOIS, H., *op. cit.*, pp. 490 y 491)-

¹⁴⁷⁶ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 677; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1005.

¹⁴⁷⁷ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 677; DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 284; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1005.

¹⁴⁷⁸ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 678; ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 152.

valor del terreno que ocupe la vía y el abrevadero más los daños y perjuicios que se ocasionen a la finca con la servidumbre¹⁴⁷⁹.

d) Tratándose de la servidumbre de acueducto (artículos 557 y ss. CC), a falta de criterios para determinar su importe, la “indemnización previa” debería comprender el valor del terreno ocupado por la canalización, atendido que el artículo 24 RDPH exige señalar la anchura de los terrenos por donde ella pasará; como también el valor de la ocupación temporal en el predio sirviente de los terrenos indispensables para el depósito de materiales, tanto para las obras necesarias para la construcción del acueducto como para su conservación y limpieza (artículo 26 RDPH)¹⁴⁸⁰. Además, la jurisprudencia ha hecho extensiva esta reparación a la desvalorización del predio y al lucro cesante¹⁴⁸¹.

e) En la servidumbre de parada y partidur (artículo 562 CC), ante la ausencia de criterios legales para establecer su cuantía, se ha dicho que la indemnización previa debe comprender el valor del terreno ocupado por la parada o partidur, por cuanto constituye más bien una expropiación que una verdadera servidumbre¹⁴⁸². Asimismo, la norma en estudio también considera a la indemnización de los daños que origine la nueva servidumbre a los propietarios de los predios sirvientes como a los demás regantes, las cuales sólo pueden consistir en meras perturbaciones, ya que de lo contrario se requeriría su expropiación forzosa¹⁴⁸³.

f) En la servidumbre de desagüe (artículo 588 CC), también a falta de previsiones normativas sobre el contenido de la “indemnización previa”, se ha

¹⁴⁷⁹ SCAEVOLA, M., *Código Civil...* tomo X, p. 549.

¹⁴⁸⁰ ROCA JUAN, J., *op. cit.*, p. 164.

¹⁴⁸¹ Al ordenar indemnizar “la pérdida de cosecha anual y los perjuicios por las pérdidas parciales de cosecha” (STS de 18 de mayo de 1988 (RJ 1989/3788); o el demérito de la parte de la finca gravada por las limitaciones que la servidumbre de acueducto comporta y la valoración de las cepas afectadas por ella (STS de 09 de febrero de 1998 (RJ 1998/1447); la pérdida de producción de mandarinos que antes de iniciadas las obras estaban en plena producción y que luego de finalizadas se éstas quedaron en estado vegetativo seco, ordenándose su pago “durante el período comprendido entre la ocupación de la finca hasta que las parcelas volvieran a estar en idéntica situación que antes de su ocupación” (STS de 02 de julio de 1991 (RJ 1991/6943).

¹⁴⁸² DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 318.

¹⁴⁸³ BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 685; PÉREZ PÉREZ, E., *op. cit.*, p. 1019.

ordenado indemnizar el valor del terreno que se ocupe y el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente¹⁴⁸⁴. Se agrega que el importe de la indemnización deberá determinarse equitativamente ponderando las circunstancias del caso, atendiendo más a la perspectiva de la entidad del gravamen que de la magnitud de la necesidad que se trata de satisfacer¹⁴⁸⁵.

g) En la servidumbre forzosa de paso a favor de fundo enclavado (artículo 564 y ss. CC), la indemnización será distinta según sea la finalidad, extensión del gravamen o uso para la que se pide la servidumbre: si se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente; cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen. Es importante resaltar que el importe de los perjuicios no es más que la reparación del daño patrimonial que el ejercicio e imposición del gravamen ocasiona en el predio sirviente o, lo que es lo mismo, la cantidad equivalente a la pérdida de valor que experimente el fundo como consecuencia del gravamen¹⁴⁸⁶, los cuales han de basarse en datos objetivos, como la disminución del rendimiento del predio o la pérdida de valor del mismo por la existencia de la servidumbre, y sin considerar las molestias que subjetivamente pueda sufrir el titular del predio sirviente¹⁴⁸⁷.

Nótese que en este segundo grupo de casos la doctrina tampoco contempla la reparación del daño extrapatrimonial ni del *id quod interest*.

¹⁴⁸⁴ En este entendido, la SAP de Asturias de 13 de junio de 2001 (JUR 2001/237706) ordenó indemnizar el terreno que ocupará la instalación de la tubería y unos ciertos márgenes para la conservación y cuidado de aquella. Y, la SAP de Badajoz de 21 de abril de 1995 (AC 1995/691) ordenó indemnizar “cuantos daños y perjuicios hubieran de producirse al predio sirviente y la “minusvaloración” que aquél hubiera de sufrir”.

¹⁴⁸⁵ CORBAL FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 911.

¹⁴⁸⁶ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 475; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, p. 1036.

¹⁴⁸⁷ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 475; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 688.

Interesante es constatar dos situaciones que confirman la reparación limitada de los daños. La primera, que tratándose de la indemnización del derecho de retirada que contempla el artículo 14.6 LPI, parece existir consenso en que en este punto resultan de aplicación las reglas generales del CC (artículos 1106 y 1107), con lo cual la indemnización previa comprendería tanto el daño emergente como el lucro cesante¹⁴⁸⁸. Y bien sabemos que los criterios contenidos en el artículo 1107 CC –las consecuencias necesarias del incumplimiento y la previsibilidad del daño– constituyen limitaciones a la extensión del daño contractual¹⁴⁸⁹ y cuyo propósito histórico era evitar que la responsabilidad rebasara determinados límites y se convirtiera en un castigo excesivamente riguroso y desproporcionado para el deudor¹⁴⁹⁰.

Y, segundo, tratándose de la “indemnización” por el establecimiento de la servidumbre forzosa de paso a favor de fundo enclavado –similar en su configuración a las demás indemnizaciones que la ley reglamenta a propósito de las servidumbres–, se destaca que la determinación del *quantum* de la misma debe basarse en datos objetivos y sin considerar las molestias que subjetivamente pueda sufrir el titular del predio sirviente¹⁴⁹¹, con lo cual no se considera en su importe el *id quod interest*, sólo la *aestimatio rei*.

4.3.- Casos en que la ley se ha limitado a ordenar la “indemnización” del daño “causado”

Existe un tercer grupo de casos en que ni la ley ni la doctrina han establecido parámetro alguno para la determinación del *quantum* indemnizatorio, limitándose la ley a ordenar reparar el daño “causado” y sólo en el evento que

¹⁴⁸⁸ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 293; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 232; MORENO MARTÍNEZ, J.A., *op. cit.*, p. 3397. En los sistemas francés e italiano, frente a la misma problemática se llega a idéntica solución (*cfr.*, respectivamente, DESBOIS, H., *op. cit.*, p. 490; PERLINGIERI, P., *Codice civile...*, p. 694).

¹⁴⁸⁹ FUENTES GUÍÑEZ, R., *La extensión del daño contractual*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 138 y 139.

¹⁴⁹⁰ LEÓN GONZÁLEZ, J.M., “De nuevo sobre el artículo 1107 CC: los daños previstos o previsibles”, en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, La Ley 13393/2009, disponible en www.laleydigital.es (visita 07 julio 2015), p. 1.

¹⁴⁹¹ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 475; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, cit., p. 688.

ello ocurra (como también acontece en algunas de las situaciones de servidumbres cuando se ordena, en general, el pago de una “indemnización previa”, según ha dicho la doctrina antes anotada). Es la situación del propietario del enjambre de abejas que lo persigue en fundo ajeno (artículo 612.1 CC) y del titular de la servidumbre de paso temporal o de andamiaje que pasa materiales o andamios a predio ajeno (artículo 569 CC).

Ambas situaciones corresponden a una misma hipótesis: el dueño de un predio debe permitir el paso a un tercero (para efectos de la persecución del enjambre de abejas o para el paso de los materiales o andamios), sin que pueda oponer la facultad de excusión que le otorga su derecho de dominio; pero, a cambio y por la privación de la facultad de goce exclusivo sobre su fundo, la ley le “compensa” los eventuales daños causados por tal paso. La interrogante es ¿qué clase de daños?

Para responder a esta cuestión es preciso, previamente, tener presente que en este tipo de casos existe una conducta completamente ajustada a Derecho, consistente en que el ordenamiento jurídico autoriza el paso del propietario del enjambre de abejas o del titular de la servidumbre de paso temporal hacia predio ajeno. Por lo tanto, aquellos se encuentran plenamente facultados para ejercer tal prerrogativa y, en línea de principio, *qui suo iure utitur neminem laedit*¹⁴⁹², por lo que si el legislador no hubiere establecido expresamente la obligación de indemnizar el daño causado, ninguna reparación deberían.

Ahora bien, el hecho de que a un sujeto se le otorgue una prerrogativa, facultad o derecho no significa que lo pueda ejercer de cualquier forma. Ya hemos visto que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo (artículo 7 CC).

En este orden de ideas, los únicos daños amparados por las respectivas normas (artículos 569 y 612 CC) serían aquellos causados en el legítimo

¹⁴⁹² Cfr., DíEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., pp. 302 y ss.; DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 93.

ejercicio de tales derechos¹⁴⁹³. Con lo cual todavía no solucionamos nada, salvo en lo relativo a que un ejercicio extralimitado, abusivo o antisocial de la respectiva prerrogativa que ocasione un daño debe reconducirse a las respectivas normas de responsabilidad civil¹⁴⁹⁴ y no por la vía de las disposiciones antes anotadas¹⁴⁹⁵.

Pero, asimismo, debemos considerar que en estos casos se observa la existencia de dos intereses opuestos, pero ambos dignos de tutela: de una parte, el derecho del propietario del fundo a no ser perturbado en el goce pleno y absoluto de su bien; de otra, el derecho del propietario del enjambre de abejas a recobrarlo o del titular de la servidumbre de andamiaje de pasar los materiales o los andamios para construir o reparar un edificio. En esta colisión de intereses el legislador ha considerado prevalente el segundo, autorizando a su titular a realizar un comportamiento que en otro caso sería ilícito¹⁴⁹⁶. No obstante, puesto que también el derecho del propietario se presenta como digno de tutela, el legislador ha disciplinado la composición de los intereses regulando una “compensación” por los probables daños que tal persecución acarrea, ya que sería injusto extender la limitación del derecho del propietario hasta el extremo de dejar los daños causados en el fundo mismo sin reparación alguna y, por otra parte, sería inexplicable aplicar al otro sujeto la sanción de la

¹⁴⁹³ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 612...*, cit., p. 328.

¹⁴⁹⁴ Cfr., Díez-PICAZO, L., “El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus relaciones recíprocas”, en *DJ*, N°2 (1974), p. 1333; ROCA JUAN, J., “Artículo 7.2”, en *VVAA: Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 395; MARTIN BERNAL, J.M., *El abuso del derecho*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, p. 233; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil I...*, p. 114; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Eficacia general de las normas jurídicas”, en *Comentarios al Código Civil, I, Título Preliminar* (coordinador JOAQUÍN RAMS ALBESA y coordinadora adjunta ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2000, p. 239.

¹⁴⁹⁵ Cfr., PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 612...*, cit., p. 328, respecto del paso del propietario del enjambre de abejas. En sentido similar, respecto del titular de la servidumbre de andamiaje, se pronunciaba antes de la modificación al Título Preliminar del CC LUCAS FERNÁNDEZ: “naturalmente que lo que ha de ser indispensable es el paso o la colocación de andamios u otros objetos, no la obra en sí misma, sobre cuya oportunidad nada puede oponer el titular pasivo, tanto en cuanto a la construcción como por lo que se refiere a la reparación, sin perjuicio de que pueda demostrar que al pretender determinadas reparaciones el titular activo realiza un acto de emulación, acto abusivo sancionado con carácter general por el art. 1902 del Código civil y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo” (LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 226).

¹⁴⁹⁶ Cfr., BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 163. Dando cuenta del conflicto de intereses, MARÍN CASTÁN, F., *op. cit.*, p. 47.

“indemnización de perjuicios” por un daño que ha realizado en el ejercicio de un derecho¹⁴⁹⁷.

En este entendido, estas normas se nos presentan como componedoras de un conflicto singular de intereses que, por su propia naturaleza transaccional y el carácter lícito de la intervención en predio ajeno, impiden repercutir la totalidad de su importe en el bolsillo del autor como si hubiere actuado en forma antijurídica. Y bien se ha dicho que la licitud o legitimidad de las acciones sirve, precisamente, para limitar las consecuencias del daño casado¹⁴⁹⁸.

De esta manera, entendemos que la “indemnización” que dispone la ley en estos casos sólo puede extenderse al daño patrimonial efectivamente causado y que sea necesario para el ejercicio del derecho en cuestión, no extendiéndose de ninguna forma ni a la reparación del daño extrapatrimonial ni del *id quod interest*. El fundamento de ello lo encontramos en que tras los daños lícitos reparables que hemos estudiado, subyace como idea fuerza la de restablecer el equilibrio patrimonial roto por la disposición normativa que autoriza el comportamiento dañoso o potencialmente dañoso¹⁴⁹⁹, que entendemos como cumplido pagando el valor objetivo o de cambio del derecho o interés sacrificado o perturbado. De allí que se hable en otras de las hipótesis semejantes estudiadas, como la unión de bienes de bienes operada de buena fe, que las indemnizaciones ordenadas tienen por objeto restablecer el desajuste económico o el desequilibrio patrimonial sufrido por el perjudicado y que se traduce en el abono del valor de lo perdido por esta causa¹⁵⁰⁰. O en la servidumbre forzosa de paso, en que se enseña que el importe de los perjuicios no es más que la reparación del daño patrimonial que el ejercicio e imposición del gravamen ocasiona en el predio sirviente o, lo que es lo mismo, la cantidad equivalente a la pérdida de valor que experimente el fundo como

¹⁴⁹⁷ En este sentido, BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 163.

¹⁴⁹⁸ GHERSI, C., *op. cit.*, p. 480.

¹⁴⁹⁹ *Cfr.*, DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 97; BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 175; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 383. En lo relativo a la búsqueda del equilibrio de los intereses en juego, *vid.* TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 75; GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102.

¹⁵⁰⁰ *Cfr.*, DÍEZ-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., pp. 846, 853 y 854; ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., pp. 257, 261 y 267; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 268 y 277 y ss.

consecuencia del gravamen¹⁵⁰¹, basado en datos objetivos y sin considerar las molestias que subjetivamente pueda sufrir el titular del predio sirviente¹⁵⁰².

Esta es precisamente la solución que se otorga en la doctrina italiana con normas semejantes para la resolución del conflicto (artículos 843, 924 y 925 del *Codice*)¹⁵⁰³, en que se señala que sería absurdo que se ampararan toda clase de daños, por ejemplo, los daños no necesarios para la persecución del enjambre de abejas o aquellos mayores daños sobre los necesarios para tal fin¹⁵⁰⁴. O, tratándose de los daños causados por el paso hacia fundo ajeno en los eventos autorizados por la ley, cuando se ha declarado que la *indennità* se limita a los únicos daños materiales sufridos por el fondo como consecuencia directa e inmediata del acceso y de otras actividades inherentes y consiguientes¹⁵⁰⁵.

Además de la naturaleza transaccional de las disposiciones en comento y el carácter lícito del comportamiento como justificaciones para la reparación limitada de los daños, la conclusión a que arribamos puede sostenerse aplicando el contexto de la ley como elemento de interpretación de la misma, según el artículo 3.1 CC.

En efecto, una ley es una realidad que ordinariamente tiene una motivación que impregna su diverso contenido en un sentido único; por esto sus preceptos se

¹⁵⁰¹ REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 475; HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *op. cit.*, p. 1036.

¹⁵⁰² REBOLLEDO VARELA, A.L., *op. cit.*, p. 475; BUSTO LAGO, J.M., *Artículos 549 a 570...*, *cit.*, p. 688.

¹⁵⁰³ - Artículo 843. *Accesso al fondo. (1) Il proprietario deve permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo, sempre che ne venga riconosciuta la necessità, al fine di costruire o riparare un muro o altra opera propria del vicino oppure comune. (2) Se l'accesso cagiona danno, è dovuta un'adeguata indennità. (3) Il proprietario deve parimenti permettere l'accesso a chi vuole riprendere la cosa sua che vi si trovi accidentalmente o l'animale che vi si sia riparato sfuggendo alla custodia. Il proprietario può impedire l'accesso consegnando la cosa o l'animale.*
- Artículo 924. *Sciame di api. Il proprietario di sciame di api ha diritto d'inseguirli sul fondo altrui, ma deve indennità per il danno cagionato al fondo; se non li ha inseguiti entro due giorni o ha cessato durante due giorni d'inseguirli, può prenderli e ritenerli il proprietario del fondo.*
- Artículo 925. *Animali mansuefatti. (1) Gli animali mansuefatti possono essere inseguiti dal proprietario del fondo altrui, salvo il diritto del proprietario del fondo a indennità per il danno. (2) Essi appartengono a chi se ne è impossessato, se non sono reclamati entro venti giorni da quando il proprietario ha avuto conoscenza del luogo dove si trovano.*

¹⁵⁰⁴ TORREGROSSA, G., *op. cit.*, pp. 196 y 197.

¹⁵⁰⁵ BUONAURO, C., *op. cit.*, p. 202.

complementan, relacionan y explican entre sí¹⁵⁰⁶. Al referirse el artículo 3.1 CC que las normas se interpretarán “en relación con el contexto”, implica aceptar que el ordenamiento jurídico no está compuesto de normas aisladas que operan de forma fragmentaria, sino que, por el contrario, constituyen una unidad, de tal manera que cada norma que lo compone se debe poner en relación con el resto del ordenamiento para precisar su significado¹⁵⁰⁷. Este es el denominado elemento (o directriz) contextual o sistemático de interpretación de la ley¹⁵⁰⁸. La interpretación sistemática centrada en el entorno próximo de la norma se denomina *ad intra*, para diferenciarla de la interpretación sistemática *ad extra*, que es la que se realiza con el resto del ordenamiento¹⁵⁰⁹.

Pues bien, para estos efectos debemos reconocer en el ordenamiento una norma o conjunto de normas que, ante un sacrificio de un derecho o de una ventaja para su titular y como consecuencia de la prevalencia del derecho de otro arbitrada por la propia ley, le concedan una “indemnización” por tal sacrificio y sin que ello lo sea como consecuencia de una violación de una norma jurídica. Y esas no son otras que las que hemos analizado en los dos primeros grupos de casos analizados, caracterizadas, fundamentalmente, por la existencia de un derecho de compensación por el sacrificio impuesto al perjudicado otorgado por la propia ley, en virtud de la realización de una conducta o actuación conforme a Derecho que ella misma previó, autorizó o legitimó.

En este entendido, dado que tales normas establecen una reparación limitada de los daños que comprende la “indemnización de perjuicios”, podemos aplicar la misma filosofía a este tercer grupo de casos –que excluyen la reparación del daño moral y del *id quod interest*, limitándose a la compensación de la *aestimatio rei*–, sea mediante la interpretación sistemática *ad intra* (para los

¹⁵⁰⁶ BATTLE VÁZQUEZ, M., “Artículo 3”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), tomo I, Edersa, Madrid, 1978, p. 83.

¹⁵⁰⁷ ATAZ LÓPEZ, J., “Artículo 3”, en *Comentarios al Código Civil* (director RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 118.

¹⁵⁰⁸ Cfr., BATTLE VÁZQUEZ, M., *op. cit.*, p. 83; ATAZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 118; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Aplicación de las normas jurídicas”, en *Comentarios al Código Civil, I, Título Preliminar* (coordinador JOAQUÍN RAMS ALBESA y coordinadora adjunta ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2000, p. 94.

¹⁵⁰⁹ ATAZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pp. 118 y 119.

casos regulados en el CC), sea a través de la interpretación sistemática *ad extra* (artículos 14.6 LPI, 22 LAU y 118.1 CP).

A la misma solución llegaríamos si, a través del mismo mecanismo, aplicáramos los postulados de la indemnización expropiatoria, que es el supuesto clásico del daño lícito reparable en el Derecho público, caracterizado por la privación de un bien a cambio de una compensación. Ya hemos analizado con detenimiento en el primer capítulo sus principales lineamientos, entre otros, que no puede calificarse de ilícito el ejercicio de la potestad expropiatoria. Ahora, en lo que nos interesa, debemos recordar que la indemnización expropiatoria no se extiende al valor subjetivo o de afección que pudiera tener para el titular el bien expropiado, ya que se trata de un valor objetivo¹⁵¹⁰. Lo anterior, sin perjuicio del premio de afección que contempla el artículo 147 LEF.

Con todo lo anterior, podemos concluir que la indemnización de perjuicios a que se refieren los artículos 569 y 612 CC sólo comprende el valor de cambio de lo sacrificado y no se extiende ni al daño extrapatrimonial ni al *id quod interest*.

4.4.- Como corolario, sólo se reparan determinadas consecuencias del evento dañoso

Atendido que el objeto principal de esta clase de “indemnizaciones” es restablecer el equilibrio patrimonial roto por la previsión normativa, resulta coherente –según lo antes reseñado– que el *quantum* de la reparación sólo comprende la *aestimatio rei* –total o parcialmente–pero nunca el *id quod interest*.¹⁵¹¹

¹⁵¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, p. 121; FUERTES LÓPEZ, M., *op. cit.*, pp. 200 y 201.

¹⁵¹¹ Así, refiriéndose a las funciones de la *indennità* en el ordenamiento italiano, MESSINEO apunta lo siguiente: “*Inoltre, l’indennità è correlativa a un danno, ma non anche a un atto illecito e, quindi, essa –a rigore– esula dalla materia dell’atto illecito; e –a quanto pare – l’indennità si risolve nella prestazione della sola aestimatio*” (MESSINEO, F., *op. cit.*, p. 562).

Lo anterior permite confirmar la absoluta ajenidad de las reparaciones “indemnizatorias” en comento con las normas del Derecho de daños, ya que bien sabemos que el equivalente pecuniario o *aestimatio rei* es algo independiente del resarcimiento de daños¹⁵¹².

Y es la misma idea que está detrás del supuesto típico de esta clase de reparaciones: la indemnización expropiatoria, en que se ha acudido a la idea de equivalente¹⁵¹³ con el fin de manifestar que se tratar de fijar un valor económico que funciona como contraprestación del valor transferido¹⁵¹⁴. La indemnización debe representar una adecuada equivalencia con los bienes expropiados, porque la expropiación origina una especie de conversión dineraria en el patrimonio del expropiado¹⁵¹⁵, aunque exista discusión sobre si este equivalente debe corresponder o no al valor de mercado¹⁵¹⁶.

III.- NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN “INDEMNIZATORIA”

1.- El presupuesto fáctico que genera la obligación “indemnizatoria”

Del análisis de los casos estudiados, podemos extraer que la consecuencia reparatoria viene dada por el acaecimiento de determinados supuestos.

En un primer grupo de casos, la indemnización prevista por la ley surge como consecuencia de la pérdida de un derecho. Ello acontece en todas las situaciones de accesión, en que el dueño de la cosa principal adquiere el

¹⁵¹² Como bien lo expuso LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1998.

¹⁵¹³ Así, STC 111/1983, de 02 de diciembre, disponible en <http://tc.vlex.es/vid/86-c-4-5-an-i-6-7-8-128-as-15034712> (visita 25 marzo 2015).

¹⁵¹⁴ DíEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, p. 1269; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *op. cit.*, p. 301.

¹⁵¹⁵ En este sentido, STS de 29 de abril de 1990 (RJ 1990/3359). En el mismo sentido, FUERTES LÓPEZ, M., *op. cit.*, p. 200.

¹⁵¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA señala que “justo precio en el sentido de la ley es simplemente valor venal, valor en el mercado, *hic et nunc*, del sacrificio en que la expropiación consiste” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 121). Por su parte, DíEZ-PICAZO sostiene que “la idea de justiprecio, esto es, de un precio justo, no lleva necesariamente a los valores que puedan regir en el mercado en un determinado momento” (DíEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1270).

dominio de la cosa accesorio (artículos 360, 361, 375 y 383 CC), a tal punto que se las califica como “una auténtica expropiación legal”¹⁵¹⁷. Lo mismo acontece en la situación del artículo 14.6 LPI, en que el ejercicio del derecho de retirada por parte del autor de la obra conlleva la pérdida de los derechos adquiridos por parte de los titulares del derecho de explotación sobre la misma.

En un segundo grupo de casos, tal obligación reparatoria nace como consecuencia de la ablación o disminución del patrimonio del perjudicado. Tal hipótesis concurre en el incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio, que genera el “resarcimiento” de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido (artículo 43 CC); o por los daños causados por el paso hacia el fundo vecino por parte del propietario del enjambre de abejas o del titular de la servidumbre de paso temporal o de andamiaje (artículos 612 y 569 CC, respectivamente); y, también, con los daños causados con ocasión del estado de necesidad (artículo 118.1 CP).

Finalmente, un último grupo de casos está constituido por todas aquellas situaciones en que se concede una “indemnización” por la limitación o restricción de ciertos derechos. Tal hipótesis se verifica en la constitución de las servidumbres legales (artículos 554, 555, 557, 562, 564 y 588 CC) y en la ejecución de obras de mejora en el inmueble urbano arrendado (artículo 22 LAU), en donde el propietario del predio sirviente o el arrendatario se ven limitados en el ejercicio del uso y goce exclusivo que detentan sobre la finca. Esta misma limitación también concurren en los supuestos contenidos en los artículos 612 y 569 CC.

Podrá apreciarse que la obligación reparatoria que establece la ley lo es como consecuencia del sacrificio soportado por el dañado: la propiedad perdida o privada, el daño sufrido o la limitación impuesta.

¹⁵¹⁷ BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 268.

En estas hipótesis, además, no existe la posibilidad de oponerse por parte del perjudicado al comportamiento autorizado por la norma, pues la ley ha tutelado su interés sólo mediante la indemnización, privilegiando el ejercicio del derecho contrario: frente a la facultad reconocida al agente no existe una pretensión de contenido opuesto de parte del dañado, ya que el interés de este último es protegido por el ordenamiento sólo con la indemnización, atendidas diversas razones de política legislativa¹⁵¹⁸. Es decir, no se puede impedir el ejercicio del derecho o prerrogativa que ocasiona o potencialmente puede ocasionar el daño¹⁵¹⁹: sólo debe soportarse¹⁵²⁰.

Así, cumplidos los requisitos legales, el propietario del predio sirviente no puede oponerse a la constitución de las respectivas servidumbres forzosas; el propietario de las cosas accesorias no las puede reivindicar una vez consumada la accesión¹⁵²¹; el propietario del fundo no puede impedir el derecho de paso que la ley concede al propietario del enjambre de abejas o al titular de la servidumbre de paso temporal; el arrendatario que decide soportar las obras de mejora no puede desistirse del contrato respectivo; el titular de derechos de explotación sobre la obra no puede obstaculizar el ejercicio del derecho inalienable e irrenunciable de retirada de la obra del comercio; y, el esposo “inocente” no puede obligar al promitente incumplidor a celebrar el matrimonio prometido.

¹⁵¹⁸ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263.

¹⁵¹⁹ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 165.

¹⁵²⁰ En el sistema del Derecho público alemán, la figura del *enteignender Eingriff* (ataque o intervención expropiatoria), constitutiva de una pretensión por sacrificio particular por menoscabo de la propiedad –vista con ocasión de la expropiación–, precisa que la conducta generadora del daño impone un deber abstracto de tolerabilidad: la actuación debe ser tolerada, aun y cuando sus efectos sobrepasen el límite de tolerabilidad, siendo la consecuencia de ello no la supresión del acto, sino la compensación del afectado (PARÉS SALAS, A., *Una –muy breve– aproximación al sistema alemán de pretensiones por responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado*, disponible en http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/ALFREDO_PARES.pdf (visita 02 marzo 2015), p. 10, con cita expresa de OSSENBÜHL.

¹⁵²¹ Sea que consideremos a las disposiciones que la contemplan como normas de solución del conflicto de intereses, sea que consideremos a la accesión un modo de adquirir el dominio. Incluso, en la hipótesis del artículo 361 CC, en que la mayoría doctrinaria estima que la accesión no se efectúa automáticamente sino una vez ejercido el derecho potestativo de configuración que otorga la norma al propietario del suelo, mientras exista la opción ni el dueño del suelo ni el de lo edificado gozan de una situación de plenitud jurídica que permita el ejercicio de la acción reivindicatoria (*cf.*, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 133.

Lo mismo acontece tratándose de los daños causados en estado de necesidad, en que el perjudicado no puede oponerse al sacrificio de sus bienes propios por parte del autor del daño, ya que no cabe oponer a éste último legítima defensa alguna por faltar el requisito de la “agresión ilegítima”, conforme al artículo 20 N°4 CP¹⁵²². Ello, porque quien actúa en estado de necesidad actúa lícitamente y no infiere daño injusto alguno¹⁵²³.

Atendido que la ley, únicamente a cambio de una “indemnización”, ha cautelado el interés de quien se ha visto privado de su derecho o disminuido o limitado en el ejercicio del mismo, y sin que tenga la posibilidad de repeler la conducta generadora del daño, es que sostenemos que las reparaciones en comento constituyen aquellas denominadas por DÍEZ-PICAZO como “indemnizaciones por sacrificio”¹⁵²⁴, que pasamos a exponer.

2.- Las indemnizaciones por sacrificio

Como antes hemos dicho, las indemnizaciones por sacrificio son aquellas “compensaciones que las leyes atribuyen, en muchos casos, a determinados sujetos, como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares”, netamente distintas de las genuinas indemnizaciones de daños¹⁵²⁵.

El desarrollo dogmático de esta clase de indemnizaciones ha sido tratado fundamentalmente por el Derecho público a propósito de la evolución del concepto de expropiación forzosa, ya tratado en el primer capítulo de este trabajo. En el intento de diferenciar a la expropiación de las meras limitaciones del dominio a efectos de determinar la procedencia de una indemnización por la intervención estatal en los bienes de los privados, se acudió a la teoría del

¹⁵²² Un razonamiento similar efectúa PANTALEÓN respecto de la facultad de autotutela que la ley concede al propietario del enjambre escapado para perseguirlo en predio ajeno (PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 612...*, cit., p. 326).

¹⁵²³ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 302; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema...*, cit., p. 114; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, cit., p. 285; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 171.

¹⁵²⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., pp. 56 y 57.

¹⁵²⁵ *Ídem*.

sacrificio impuesto (*Aufopferungstheorie*)¹⁵²⁶. Con base en el § 75 de la Introducción al *Landrecht* prusiano, esta tesis postuló que cuando hay colisión entre los derechos individuales con los derechos del bien común, los derechos de los particulares deben sacrificarse, implicando tal sacrificio un deber de indemnización¹⁵²⁷.

No obstante, esta teoría resultaba insuficiente para contemplar todos los supuestos expropiatorios que efectúa la Administración¹⁵²⁸, por lo que, como uno de varios criterios materiales para deslindar la delimitación de derechos con el instituto expropiatorio, se acudió a la teoría del sacrificio singular (*Sonderopfertheorie*). Esta opinión postula que es expropiatorio aquel ataque a la propiedad que incide sobre el afectado o afectados de una manera especial, más gravosa que el resto de los ciudadanos, constituyendo un sacrificio especial¹⁵²⁹. De esta manera, el deslinde entre la delimitación del contenido dominical y la intervención expropiatoria reside en el criterio de la existencia de un “sacrificio singular que no se exige a los demás”¹⁵³⁰.

FORSTHOFF enseñaba que, conforme al sentido de los §§ 74 y 75 de la Introducción al *Landrecht* prusiano, la pretensión indemnizatoria sólo debía prestarse por el Estado cuando se ve compelido a transgredir un derecho subjetivo que se halla en colisión con el bien común y se causa con ello al afectado un daño que constituye un particular sacrificio que hace a la colectividad; es decir, dicho de otra forma, cuando existe una intervención particular que infringe el principio de igualdad en la repartición de cargas¹⁵³¹.

Ese desarrollo en el ámbito del Derecho público, quizás, es el que ha llevado a la doctrina española que se ha referido al tema a conceptualizarlas en función de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, analizando la responsabilidad por “funcionamiento normal de los servicios públicos”,

¹⁵²⁶ NIETO, A., *op. cit.*, p. 77; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 81–82.

¹⁵²⁷ NIETO, A., *op. cit.*, p. 77; FORSTHOFF, E., *op. cit.*, pp. 441 y 442.

¹⁵²⁸ VILLAR PALASÍ, J.L., *Justo precio...*, cit., p. 16.

¹⁵²⁹ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 88 y 89.

¹⁵³⁰ KIMMINICH, O., *op. cit.*, p. 164.

¹⁵³¹ FORSTHOFF, E., *op. cit.*, pp. 451 y 453.

PANTALEÓN sostiene que este supuesto debe conectarse estrictamente con el principio de igualdad ante las cargas públicas y –en lo que nos interesa para efectos de la comprensión de la institución en comento– restringirse a los que el llama “daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio”, consistentes en aquellos “que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión; siendo también necesario, obvio es, que los daños de que se trate representen para quien los padece un sacrificio individualizado que no le sea exigible soportar”¹⁵³².

Se agrega que estos daños se sitúan a medio camino entre la institución de la responsabilidad y la de la expropiación y obedecen a una lógica en parte distinta: son daños no incidentales, sino causados deliberadamente, al constituir un medio necesario para la satisfacción del interés general, constituyendo tal menoscabo patrimonial un sacrificio especial que el particular sufre en beneficio de la colectividad y que merece, por ello, ser compensado¹⁵³³.

Una aplicación muy particular de esta clase de indemnizaciones, también en el ámbito del Derecho público, la encontramos en la circunstancia de que las autoridades administrativas competentes pueden ordenar el sacrificio y la destrucción de los animales o cultivos respecto de los cuales se tiene la certeza o la sospecha de que están o pueden estar afectados por una enfermedad contagiosa o una plaga. En este caso, los propietarios de los bienes sacrificados tienen derecho a obtener, bajo ciertas condiciones, una indemnización por los daños que tales medidas les hayan ocasionado, compensaciones que presentan dos particularidades: de un lado, suponen una excepción a la regla general según la cual los perturbadores del orden público deben soportar los perjuicios que la Administración les ocasione al adoptar

¹⁵³² PANTALEÓN PRIETO, F., *Los anteojos...*, cit., pp. 247 y 248.

¹⁵³³ MIR PUIGPELAT, O., “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI* (coordinadores JOAQUÍN ORTIZ BLASCO y PETRA MAHILLO GARCÍA), Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid – Barcelona, 2009, pp. 37 y 38.

válidamente medidas dirigidas a proteger dicho orden frente a la perturbación; y, de otro, no reflejan el valor real de los bienes sacrificados¹⁵³⁴. Podemos apreciar, en este caso, que, a cambio del sacrificio de los animales o la destrucción de los cultivos dispuesta por una actuación ajustada a Derecho, los perjudicados pueden obtener una reparación por el sacrificio impuesto a su patrimonio.

Partiendo de esta realidad existente en el Derecho público, HUBMANN, en el ordenamiento alemán, constata que en el Derecho privado se contienen una serie de disposiciones en las cuales se regulan los hechos constitutivos del sacrificio y se establece una obligación de indemnización (estado de necesidad o persecución de enjambre de abejas en fundo ajeno); teniendo todas ellas en común que se permite sacrificar un interés menor en favor de uno predominante, debiéndose pagar una indemnización por ello, por lo que sostiene la existencia no sólo una acción general por sacrificio en el Derecho público sino también una en el Derecho civil¹⁵³⁵. Afirmo que quién persigue su interés a través del sacrificio de un tercero y lo puede hacer logrando así una ventaja especial, debe indemnizar al agraviado por el sacrificio especial que le ha impuesto¹⁵³⁶.

No obstante, esta idea de la existencia de una acción civil general por sacrificio especial ha sido negada por la doctrina alemana, puesto que las intervenciones legales en los derechos de terceros, en especial sobre la propiedad, acarrear solamente en casos excepcionales el derecho a indemnización¹⁵³⁷. De ahí que LARENZ se refiera a que en esta clase de casos ha tenido que ser la propia ley la que, en compensación por la perturbación soportada, ha debido conceder una pretensión de indemnización de daños¹⁵³⁸.

¹⁵³⁴ Al efecto se puede consultar el estudio de DOMÉNECH PASCUAL, G., "Justificación de las indemnizaciones por sacrificio impuestos en la lucha contra epizootias y plagas", en *InDret*, N°4/2011, disponible en www.indret.com (visita 12 marzo 2015).

¹⁵³⁵ HUBMANN, H., *op. cit.*, pp. 490 y 491.

¹⁵³⁶ HUBMANN, H., *op. cit.*, pp. 491 y 492.

¹⁵³⁷ FIKENTSCHER, W., *op. cit.*, p. 678.

¹⁵³⁸ LARENZ, K., *op. cit.*, p. 690.

Pues bien, los casos de daños lícitos reparables objeto de nuestro estudio encajan perfectamente en la conceptualización de “indemnizaciones por sacrificio” dada por DíEZ-PICAZO, pues la compensación dispuesta por la ley lo es como consecuencia de la “pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares”.

Importa remarcar que el sacrificio no es optativo para el perjudicado o dañado, dado que no puede oponerse al comportamiento que produce o puede producir el resultado dañoso, desde que la ley no le ha otorgado la posibilidad de reaccionar frente a la conducta dañosa. De allí que podamos hablar, precisamente, de “sacrificio impuesto”, pues no queda sujeta a la voluntad del afectado poder sustraerse al ejercicio del derecho, facultad o prerrogativa generadora de la pérdida, disminución o limitación de su derecho subjetivo.

El sacrificio impuesto por la ley obedece a razones de interés privado, lo que le permite distinguirse de las indemnizaciones de Derecho público en situaciones semejantes, como la expropiación, en que la intromisión legítima en bienes ajenos se debe a la existencia de un interés público de mayor importancia¹⁵³⁹.

Estas características son las que permiten englobar en una misma categoría general a los daños causados en estado de necesidad con aquellos que debe soportar, por ejemplo, el dueño de la cosa accesoria cuando pierde su dominio a manos del propietario de la cosa principal cuando ha operado la accesión; o el propietario del fundo por los perjuicios causados por el paso del propietario del enjambre de abejas o del titular de la servidumbre de paso temporal o andamiaje.

En efecto, no obstante que la indemnización prevista por la ley en los supuestos de estado de necesidad considera como base referencial el “perjuicio evitado” a las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, a diferencia de los demás casos mencionados, en que se repara el valor de la

¹⁵³⁹ ENNECCERUS, L., *op. cit.*, pp. 451 y 452.

cosa perdida o de la disminución sufrida, la idea del sacrificio impuesto en beneficio del interés privado y la imposibilidad de repeler la conducta generadora del resultado dañoso permiten amalgamar en un mismo conjunto a todas estas hipótesis.

La anotada diferencia, que dice relación únicamente con la forma de determinación del *quantum* reparatorio, no tiene la virtualidad de desechar las características esenciales de esta clase de indemnizaciones: el soportar un daño originado en una conducta que no puede repelerse.

3.- Fundamento de la “indemnización” de los daños lícitos reparables

Podemos afirmar que las notas comunes que encontramos presentes en todas las hipótesis de daños lícitos reparables son la ausencia de la violación de un deber, la existencia de un daño y la necesidad de una compensación económica en favor del perjudicado o sacrificado. Ante el conflicto entre dos derechos, el ordenamiento jurídico considera a ciertos intereses dignos de prevalecer sobre otros, concediendo al titular del más débil un derecho sustitutivo de indemnización¹⁵⁴⁰. Aunque, más precisamente, la ley no reconoce prevalencia de un interés sacrificando absolutamente al contrario¹⁵⁴¹, sino que pretende equilibrar la existencia de uno con la del otro¹⁵⁴², puesto que ambos intereses son dignos de tutela para el ordenamiento.

La idea fuerza que subyace bajo lo antes dicho dice relación con la idea de mantener el equilibrio entre los intereses en conflicto¹⁵⁴³, lo que se traduce en que se autoriza el ejercicio del derecho que la legislación considera meritorio de mayor tutela y, como contrapartida, se concede una compensación económica al titular del interés afectado por dicha autorización.

¹⁵⁴⁰ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166; GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102.

¹⁵⁴¹ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁴² BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 161.

¹⁵⁴³ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102; TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 75.

Nótese que hablamos de mantener el equilibrio “entre los intereses” entendido en forma abstracta, no entre el “valor material” de lo ganado, por un lado, y de lo perdido, sacrificado o limitado por el otro. El ordenamiento entiende que el equilibrio de ambos intereses dignos de tutela se cautela debidamente a través de la concesión de la respectiva “indemnización”.

Para el sistema jurídico el equilibrio de los intereses se sintetiza en que, existiendo una autorización para la generación de un daño, el ordenamiento reacciona con el otorgamiento de una reparación. Lo anterior queda de manifiesto con lo expuesto más arriba, donde hemos demostrado que sólo determinadas partidas indemnizatorias son las que se reparan y no siempre dicen relación con la totalidad del daño sufrido por el perjudicado: sólo son transferidos ciertos y determinados daños a fin de establecer un equilibrio patrimonial conforme a razones de justicia del ordenamiento¹⁵⁴⁴.

En este escenario, la “indemnización” se convierte en el instrumento adecuado para reparar el equilibrio turbado¹⁵⁴⁵ o restablecer el equilibrio patrimonial roto¹⁵⁴⁶ por la disposición normativa que autoriza el comportamiento dañoso o potencialmente dañoso¹⁵⁴⁷.

La pregunta que viene al efecto es la siguiente: ¿por qué razón la ley ha contemplado la existencia de una obligación reparatoria en estos casos, máxime si el daño causado o el interés sacrificado proviene de una conducta autorizada o legitimada por el ordenamiento? Debemos notar que, sustantivamente, esta era la misma interrogante que nos hacíamos frente a las indemnizaciones de Derecho público en el capítulo primero: ¿por qué el Estado debe indemnizar por ejercer legítimamente una potestad pública?

¹⁵⁴⁴ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 249.

¹⁵⁴⁵ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 175. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 383.

¹⁵⁴⁶ Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., pp. 846, 853 y 854; ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., pp. 255, 257, 261 y 267; CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, pp. 115 y 116; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, pp. 268, 277 y 301; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁴⁷ *Cfr.*, DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 97; BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 175; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 383. En lo relativo a la búsqueda del equilibrio de los intereses en juego, *vid.* TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 75; GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102.

Se ha intentado explicar este fenómeno a través de la doctrina del enriquecimiento injustificado. Así, la obligación reparatoria que ordena la ley en los casos de daños lícitos reparables emanaría del “principio que condena a los desplazamientos patrimoniales injustificados”¹⁵⁴⁸ –entendidos en un sentido amplio como contraposición entre enriquecimiento y empobrecimiento–, los cuales no han sido requeridos ni legitimados por el sujeto empobrecido¹⁵⁴⁹. Por lo tanto, el fundamento del instituto debería buscarse en una especie de justicia sustancial y en un principio general del Derecho: el enriquecimiento sin causa¹⁵⁵⁰.

Se menciona que el fundamento de justicia sustancial reconocido al instituto determina su objetivo, que, más que atacar el enriquecimiento injustificado, busca evitar el empobrecimiento¹⁵⁵¹. Por ello, la necesidad de compensar el daño proveniente de esta clase de actos se funda en la necesidad de reparar un desequilibrio que se ha manifestado sin adecuado fundamento de justicia¹⁵⁵².

Adscriben a esta tesis en el ordenamiento español, entre otros, respecto de las situaciones de accesión, Díez-PICAZO¹⁵⁵³, ALONSO PÉREZ¹⁵⁵⁴, CARRASCO PERERA¹⁵⁵⁵, BASOZABAL ARRUE¹⁵⁵⁶, NÚÑEZ BOLUDA¹⁵⁵⁷ y SIERRA GIL DE LA CUESTA¹⁵⁵⁸; o, respecto de los daños causados en estado de necesidad, el mismo Díez-PICAZO¹⁵⁵⁹ e YZQUIERDO TOLSADA¹⁵⁶⁰.

No obstante, a nuestro juicio, la teoría en examen no calza adecuadamente para la diversidad de hipótesis que se comprenden en los daños lícitos

¹⁵⁴⁸ ALESSI, R., *La responsabilità...*, cit., p. 627.

¹⁵⁴⁹ MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 171.

¹⁵⁵⁰ LAZARI, A., *op. cit.*, p. 338. También, con fundamento en la *Relazione al Re* del CC italiano de 1942, MAZZOLA, M.A., *op. cit.*, p. 173; BUONAURO, C., *op. cit.*, pp. 152 y 153.

¹⁵⁵¹ TRABUCCHI, A., *Arricchimento...*, cit., p. 69.

¹⁵⁵² TRABUCCHI, A., *Arricchimento...*, cit., p. 67.

¹⁵⁵³ Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, cit., pp. 846 y 854.

¹⁵⁵⁴ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., pp. 255, 257, 261 y 267

¹⁵⁵⁵ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, pp. 115 y 116.

¹⁵⁵⁶ BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, pp. 268, 277 y 301.

¹⁵⁵⁷ NÚÑEZ BOLUDA, M., *op. cit.*, p. 212.

¹⁵⁵⁸ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁵⁹ Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 302.

¹⁵⁶⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos...*, cit., p. 252.

reparables. En efecto, la obligación reparatoria en estos casos, lejos de plantearse como contrapartida frente a un beneficio conseguido sin un específico título jurídico, detecta su justificación causal precisamente en la norma que permite el cumplimiento de una actividad determinada, aunque potencialmente perjudicial¹⁵⁶¹. Tal norma permite el ejercicio de una potestad o de un derecho asignado por ley, por lo que el beneficio obtenido por el titular del interés que prevalece tiene un título jurídico y no puede considerarse exento de causa¹⁵⁶².

Se ha escrito que el enunciado “sin causa” en la doctrina en comento, debe referirse principalmente a la ausencia de justificación en una adquisición patrimonial; y bien puede ser la ley el título justificante de la ventaja obtenida por el enriquecido, con lo cual no se configuraría enriquecimiento sin causa alguno¹⁵⁶³, situación que precisamente ocurre en la especie. Por ello, se ha apreciado la existencia de una justa causa cuando la atribución patrimonial emana del ejercicio no abusivo de un derecho o se encuentra fundada en preceptos legales concretos¹⁵⁶⁴.

Así las cosas, por el hecho de contemplar la ley la existencia de una indemnización de cargo de aquél que obtuvo una ventaja en virtud de una conducta autorizada o legitimada por el ordenamiento, no se requiere acudir a ninguna acción de enriquecimiento injustificado para tal fin¹⁵⁶⁵. Lo cual debiera ser admitido también por quienes abogan por el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa, es decir, para quienes condicionan la interposición de aquella ante la inexistencia de alguna otra acción concurrente¹⁵⁶⁶.

Sin embargo, aun cuando se rechazare el carácter subsidiario de tal acción, igualmente debería desecharse el recurso al enriquecimiento sin causa para

¹⁵⁶¹ BUONAURO, C., *op. cit.*, pp. 156 y 157.

¹⁵⁶² TROIANO, P., *op. cit.*, p. 181.

¹⁵⁶³ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *op. cit.*, p. 94.

¹⁵⁶⁴ NÚÑEZ LAGOS, R., *op. cit.*, pp. 104 y 105; LACRUZ BERDEJO, J.L., “Notas sobre el enriquecimiento sin causa”, en *RCDI*, tomo XLII (1969), p. 591; SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1887...*, cit., p. 33.

¹⁵⁶⁵ *Cfr.*, BUSTO LAGO, J.M., *La indemnización...*, cit., p. 478.

¹⁵⁶⁶ Entre varios, HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 266.

explicar la institución en análisis, ya que las disposiciones que contemplan la respectiva “indemnización” lo son en virtud de una ley que, como fuente de obligaciones, ha establecido expresamente sus presupuestos y ámbito de aplicación.

Asimismo, la doctrina del enriquecimiento injustificado se torna insuficiente para explicar ciertas consecuencias propias de la obligación indemnizatoria en estudio. En efecto, en algunos supuestos, la consecuencia reparatoria viene dada no obstante no existir ventaja o enriquecimiento patrimonial alguno para el obligado a ella. Y bien sabemos que “sin enriquecimiento actual falta la legitimación pasiva para la acción”¹⁵⁶⁷: si no existe una ventaja patrimonial para la persona del enriquecido, falta uno de los presupuestos de la acción en comento¹⁵⁶⁸.

Así, tratándose de la promesa matrimonial, perfectamente podrían “reembolsarse” ciertos gastos que no producen ningún enriquecimiento en el patrimonio de quien incumplió la promesa, como lo serían los gastos de preparación de la ceremonia nupcial¹⁵⁶⁹. Algo similar ocurre con el ejercicio del derecho de retirada que puede efectuar el autor de la obra, en que si bien va a poder impedir la explotación de la misma, ello no lo autoriza para reclamar el *corpus mechanicum* de quien lo posea, como acontecería con la situación del ejemplar único de una obra de arte¹⁵⁷⁰.

Otro tanto puede suceder en el estado de necesidad, cuando los daños ocasionados consisten en la mera pérdida de una cosa de propiedad del perjudicado que no genera ninguna ventaja patrimonial para la persona necesitada. Por ejemplo, para poder salvar la vida de un sujeto que estaba sufriendo un infarto al interior de un vehículo de alquiler, se deben romper los cristales del mismo para poder auxiliarlo: ¿cuál es el enriquecimiento que

¹⁵⁶⁷ NÚÑEZ LAGOS, R., *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁶⁸ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *op. cit.*, p. 83; SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1887...*, cit., p. 28.

¹⁵⁶⁹ En este sentido, BUSTO LAGO, J.M., *Alcance...*, cit., p. 268.

¹⁵⁷⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., p. 364. En el mismo sentido, CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, pp. 290 y 291; MARÍN LÓPEZ, J.J., *op. cit.*, pp. 218 y 219; VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A., *op. cit.*, p. 245.

obtuvo la persona necesitada? ¿Bastará para configurarlo la existencia de un enriquecimiento “moral” por parte de aquella?

Sobre este tema se ha dicho que la clave para entender el concepto de enriquecimiento es la idea de apreciabilidad en dinero¹⁵⁷¹ o la obtención de una ventaja patrimonial¹⁵⁷², de allí que la naturaleza patrimonial de la restitución por enriquecimiento injusto excluye la indemnización de los daños morales, siempre y cuando tenga existencia autónoma de cualquier relación de tipo patrimonial¹⁵⁷³.

Por otro lado, se ha afirmado que el objetivo del enriquecimiento injusto es restituir una ganancia no de compensar una pérdida, ya que destruir la cosa de otro no significa obtener un beneficio de ella¹⁵⁷⁴; y sin perjuicio de reconocer la dificultad de entender el principio de enriquecimiento en relación a bienes personalísimos y no de carácter patrimonial, como lo sería el ejemplo propuesto¹⁵⁷⁵.

De lo antes dicho se aprecia la insuficiencia de la doctrina del enriquecimiento injustificado para fundamentar la existencia de las indemnizaciones dispuestas por la ley en los casos de daños lícitos reparables.

Se ha explorado otro fundamento por la doctrina que se ha dedicado a estudiar con mayor profundidad el tema: la equidad. Ciertamente la idea de equidad también se encuentra tras la interdicción de los desplazamientos patrimoniales injustificados¹⁵⁷⁶ antes vistos, pero, como analizamos, ésta última doctrina se nos presenta como muy estrecha para dotar de fundamento a los daños objeto de nuestro estudio.

¹⁵⁷¹ NÚÑEZ LAGOS, R., *op. cit.*, p. 110; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A., *op. cit.*, p. 85.

¹⁵⁷² SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1887...*, cit., p. 28.

¹⁵⁷³ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A., *op. cit.*, p. 86.

¹⁵⁷⁴ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *op. cit.*, pp. 163 y 234.

¹⁵⁷⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 143.

¹⁵⁷⁶ *Cfr.*, entre varios, LACRUZ BERDEJO, J.L., *op. cit.*, p. 577; BETTI, E., *op. cit.*, p. 117; JOSSERAND, L., *Derecho Civil* (traducción de SANTIAGO CUCHILLOS Y MANTEROLA), tomo II, volumen I, Ediciones Jurídicas Europa América – Bosch, Buenos Aires, 1950, p. 451; COLIN, A. Y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil* (traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre Derecho civil español por DEMÓFILO DE BUEN), tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1924, p. 831.

DE CUPIS, al referirse a los daños no antijurídicos que originan una obligación de indemnizar, señala que el ordenamiento jurídico, tomando en consideración fines superiores de *equidad*, establece la existencia de una compensación¹⁵⁷⁷. VON THUR, por su parte, declara que "... hay que distinguir aquellos supuestos en que los daños de obligatorio resarcimiento proceden de un acto lícito, y principalmente del ejercicio de un derecho. Estos casos obedecen todos al principio de que, tolerada la intromisión en un derecho ajeno por justificarlo así un interés superior, es de *equidad* que el interesado cargue con las consecuencias"¹⁵⁷⁸. BRIGUGLIO menciona que en las hipótesis que hemos estudiado "... un sujeto está autorizado para realizar una determinada conducta dañosa, a la cual se conecta el nacimiento de una obligación de indemnizar por el hecho solo de la autorización. Este es un efecto que acompaña siempre a la norma permisiva, la cual excluye, de una parte, la tutela implícita en la obligación del *nemimen laedere*, y, de otra –he aquí la *función equitativa*–, apronta el instrumento para la reparación del equilibrio turbado"¹⁵⁷⁹.

En la misma línea se sitúan los que, para justificar a la indemnización que nos convoca, aluden a la idea de justicia. BUSTO LAGO indica que en los daños lícitos reparables "... su eventual reparación se considera conforme a Derecho, no siendo ello óbice para que en aras de la *justicia material* se prevea una indemnización a favor del titular que ve reducido o mermado su haber patrimonial"¹⁵⁸⁰. LARENZ enseña que el fundamento de esta pretensión de indemnización de daños radica "en la exigencia de la *justicia conmutativa* de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque de forma autorizada, ha de indemnizar al perjudicado que hubo de soportar la perturbación de su derecho"¹⁵⁸¹. Y el mismo BRIGUGLIO sostiene que la justificación estaría dada por razones de *justicia distributiva*, ya que su única

¹⁵⁷⁷ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 93. La cursiva es nuestra.

¹⁵⁷⁸ VON THUR, A., *op. cit.*, p. 235. La cursiva es nuestra.

¹⁵⁷⁹ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, pp. 174 y 175. La segunda cursiva es nuestra.

¹⁵⁸⁰ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166.

¹⁵⁸¹ LARENZ, K., *op. cit.*, p. 690. La cursiva es nuestra.

finalidad es restablecer el equilibrio económico entre los patrimonios afectados: repartir las consecuencias no injustas de una situación no querida¹⁵⁸².

Desde ya queremos dejar en claro que el concepto de equidad a que se refieren los autores no es aquél contemplado en el artículo 3 CC, sino que uno más amplio y quizás más básico, relativo a la idea de justicia como consecuencia del sacrificio soportado. En efecto, el artículo 3.2 CC confía a la equidad sólo dos funciones: a) como criterio de ponderación en la aplicación de las normas, y; b) como fundamento de las resoluciones de los tribunales “cuando la ley expresamente lo permita”¹⁵⁸³. Es decir, es fundamentalmente un mandato otorgado al juez para la aplicación de la ley, pero no al legislador para la elaboración de la respectiva norma: “implica una operación judicial aplicativa del ordenamiento positivo, hecha con mesura en la valoración de los intereses juzgables en conflicto y de la que resulta una proporción objetiva en la articulación de esos intereses. Por lo tanto, la equidad es el equilibrio conseguido por el juez, dentro de los límites que en el caso concreto le permite la ley, utilizando un criterio objetivo de proporción relativa en la ponderación y articulación de los intereses juzgables en conflicto”¹⁵⁸⁴.

En esta comprensión, genéricamente, la mencionada doctrina se está refiriendo a la equidad que debe observar el legislador al momento de la elaboración de la norma –en un instante bastante anterior al de su aplicación–, en que se persigue como aspiración natural e inexcusable de que las leyes se correspondan con la idea de justicia y su corolario, la equidad¹⁵⁸⁵. Y, específicamente, entendemos que los autores al hacer referencia a un remedio equitativo o de justicia simplemente están haciendo alusión a que, dada la magnitud del sacrificio y considerando que el interés sacrificado es también digno de tutela por el ordenamiento, la forma más eficiente de manifestar esta

¹⁵⁸² BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 173. La segunda cursiva es nuestra.

¹⁵⁸³ *Cfr.*, TORRALBA SORIANO, V., *op. cit.*, p. 189; BATTLE VÁZQUEZ, M., *op. cit.*, pp. 86 y 87; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aplicación...*, *cit.*, pp. 107 y ss.; ATAZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pp. 123 y 124; CRISTÓBAL MONTES, A., “La costumbre, la jurisprudencia y la equidad en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español”, en *RGLJ*, tomo LXXV (1977), pp. 413 – 415.

¹⁵⁸⁴ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La equidad en el Derecho privado*, J.M. Bosch Editor, 2009, p. 54. En el mismo sentido, FALCÓN Y TELLA, M.J., *Equidad, Derecho y justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 130 y 131.

¹⁵⁸⁵ *Cfr.*, FALCÓN Y TELLA, M.J., *op. cit.*, p. 186.

protección es concediendo una reparación económica al perjudicado con la norma que autoriza la conducta dañosa.

El legislador, al contemplar una “indemnización”, lo que hizo fue demarcar el contenido del respectivo derecho, asignándole una consecuencia por el mero hecho de su ejercicio, en algunos casos, o por el perjuicio causado, en otros, como mecanismo de equilibrio de los intereses en juego. Es decir, al momento de ponderar los intereses de su sistema normativo, estimó “injusto” que el titular del interés sacrificado por la propia voluntad legislativa soportare exclusivamente los efectos adversos del ejercicio del derecho que ocasionó los mismos, distribuyendo las consecuencias negativas del evento dañoso o desventajoso, atendido que ambos intereses son dignos de protección para el ordenamiento jurídico.

Esta lógica equitativa o de justicia que subyace tras la “indemnización” de los daños lícitos reparables no es exclusiva de éstos. También se ha apreciado a propósito del artículo 1103 CC, que establece la facultad moderadora del *quantum* indemnizatorio en la responsabilidad que proceda de negligencia. Se ha afirmado que la mayoría de la doctrina española y la jurisprudencia se encuentra conteste en estimar que la facultad de moderación es una manifestación de la equidad y, por lo mismo, el artículo 1103 CC respondería al principio general recogido en el artículo 3.2 CC¹⁵⁸⁶: “... se basa y fundamenta en la aplicación de la equidad, cuyo espíritu preside y justifica el precepto aunque en él no se mencione ni incluya el término equidad...”¹⁵⁸⁷.

Como bien afirma FUENTES GUÍÑEZ¹⁵⁸⁸, el hecho de que el artículo 1103 CC carezca de antecedentes históricos inmediatos¹⁵⁸⁹, no significa de ninguna forma que éste carezca de ellos. Y es en ellos en que se descubre que la idea de reducir o moderar *equitativamente* las indemnizaciones se ha plasmado a lo

¹⁵⁸⁶ Cfr., FUENTES GUÍÑEZ, R., *op. cit.*, p. 472; DÍAZ ALABART, S., “Artículo 1103”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989, VLEX-228058, disponible en www.vlex.com (visita 03 mayo 2015), pp. 41 y ss.

¹⁵⁸⁷ FALCÓN Y TELLA, M.J., *op. cit.*, pp. 372 y 373.

¹⁵⁸⁸ FUENTES GUÍÑEZ, R., *op. cit.*, pp. 464 y ss.

¹⁵⁸⁹ En el mismo sentido, DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, p. 5.

largo de buena parte de la historia, como nos explica el citado autor: a) en el Derecho justiniano se plasmó en la siguiente regla: “sabemos que es conforme a la naturaleza que se exijan solamente aquellas penas que se profieren con la competente moderación, o que por las leyes se establecen encerradas en ciertos límites”; b) DUMOULIN indica que si un individuo causa un daño a otro por no poder cumplir sus obligaciones en forma oportuna, de todas maneras no resultaría equitativo obligarlo a reparar la totalidad del perjuicio, que puede exceder con mucho el valor del objeto de la obligación; c) POTHIER, por su parte, nos dice que se debe aportar cierta moderación a la estimación de los daños a que es obligado el deudor.

De esta manera, tanto en los casos de los daños lícitos reparables como en la facultad de moderación del artículo 1103 CC, el legislador, teniendo en cuenta a la equidad, ha arbitrado un medio para atemperar el rigor del completo sacrificio¹⁵⁹⁰ o de la entera indemnización, respectivamente, por medio de reconocer la existencia de una compensación económica o de permitir la reducción del *quantum* resarcitorio. Es decir, el fundamento equitativo de los institutos en comento funciona como mecanismo de atenuación de la severidad absoluta de las normas que permiten un sacrificio o determinan una indemnización.

Esta función de la equidad ha sido recogida por TORRALBA como manifestación de “proporcionalidad y llamada a la justicia”¹⁵⁹¹. Si bien principalmente se refiere a los casos en que la ley ha considerado expresamente a la equidad en los enunciados normativos respectivos y en su fase de aplicación, interesa destacar lo señalado por este autor a propósito de la facultad de reducción equitativa de la pena que otorga el juez en el artículo 1154 CC. Comparte la idea de que se trata de un poder de moderación que el juez habrá de ejercitar prudentemente –y, en lo que nos interesa–, “teniendo en cuenta los criterios objetivos de justicia vigentes dentro de la comunidad y con las convicciones y creencias imperantes en la misma”¹⁵⁹².

¹⁵⁹⁰ En este sentido, BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 174.

¹⁵⁹¹ TORRALBA SORIANO, V., *op. cit.*, pp. 178 y ss.

¹⁵⁹² TORRALBA SORIANO, V., *op. cit.*, p. 180.

Este mismo fundamento equitativo se encuentra en la génesis de la indemnización expropiatoria, ejemplo típico de las denominadas indemnizaciones por sacrificio. Así, se advierte que el legislador, para resolver sobre la concesión o denegación de aquella, atiende naturalmente a oportunas consideraciones de equidad¹⁵⁹³. Idea que ya se encontraba en la elaboración del concepto de *justum pretium* en las fuentes romanas a propósito de la compraventa y que luego se trasladó a la esfera expropiatoria, el cual se justificaba en la invocación estricta a la humanidad y a la equidad natural¹⁵⁹⁴; y que ampliada bajo el influjo de los glosadores y canonistas medievales, consideró, a fines de la Edad Media, la indemnización expropiatoria fundada en la máxima de Derecho natural según la que, por justicia, se exige una recompensa proporcional a una aportación especial y que se hace remontar hasta la “justicia distributiva” de ARISTÓTELES, a cuyo tenor uno de los atributos esenciales de lo justo consiste en dar a cada uno lo suyo¹⁵⁹⁵.

Con todo lo anterior, la equidad, en cuanto valor que asume idealmente cualquier ordenamiento para alcanzar la justicia en la elaboración de sus normas, se nos presenta como el fundamento que justifica el pago de una reparación económica como contraprestación de un sacrificio impuesto y que no puede ser repelido por su titular. En cuanto tal, es una manifestación de la justicia conmutativa, que es aquella justicia particular que se genera como consecuencia del intercambio de bienes o por la lesión o apoderamiento de los bienes del otro¹⁵⁹⁶. De esta forma, el ordenamiento asume el desequilibrio impuesto al autorizar el ejercicio del derecho prevalente, pero estableciendo el mecanismo correctivo de aquél: una “indemnización”. Con lo cual se transforma en una norma de solución del singular conflicto de intereses¹⁵⁹⁷ que se

¹⁵⁹³ FLEINER, F., *op. cit.*, p. 238.

¹⁵⁹⁴ VILLAR PALASÍ, J.L., *La translación...*, pp. 163 y 164.

¹⁵⁹⁵ VILLAR PALASÍ, J.L., *La translación...*, pp. 164 y 171.

¹⁵⁹⁶ POOLE, D., *Filosofía del Derecho. 4. La Justicia*, UCAV, Ávila, 2009, p. 17.

¹⁵⁹⁷ En el ordenamiento italiano, RUBINO lo exponía claramente: “...come dalla struttura delle singole norme è possibile enucleare un elemento comune: l'intento legislativo di comporre un conflitto d'interessi, particolarmente equilibrati, in modo da non subordinare del tutto l'uno all'altro interesse, e da riparare i danni prodottisi per l'un subbietto, senza far preventivamente gravare sull'altro un obbligo” (RUBINO, D., *op. cit.*, p. 206). En el mismo sentido, MOROZZO DELLA ROCCA, P., *op. cit.*, p. 168.

presenta entre el derecho que se impone y el derecho que abdica, la cual, por razones de equidad, distribuye entre ambos las consecuencias negativas del evento lesivo, dado que ambos intereses son dignos de tutela para el ordenamiento jurídico.

Es en este sentido en el que debe comprenderse el recurso a la equidad: como contrapartida del sacrificio soportado por el perjudicado en que la ley ha ordenado el nacimiento de una obligación indemnizatoria para restablecer el equilibrio. Lo cual resume perfectamente la máxima de CAVANILLAS MÚGICA: “se autoriza el daño, pero se le pone precio”.

IV.- FUENTE DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DE LOS DAÑOS LÍCITOS REPARABLES

1.- Algunas notas sobre las fuentes de las obligaciones

Lo característico de los daños lícitos reparables es la existencia de una “indemnización” o, mejor dicho, de una compensación económica en favor del titular del derecho o interés sacrificado como consecuencia de la realización de una conducta completamente ajustada a Derecho del obligado a prestarla. Hemos señalado que, por lo mismo, esta “indemnización” no lo es a título de responsabilidad civil, desde que no existe ningún reproche a la conducta de quien debe satisfacerla.

Dicho lo anterior, corresponde que indaguemos cuál es la fuente de tal obligación indemnizatoria, a objeto de configurar sus principales caracteres y determinar, entre otros extremos, si el supuesto base de esta clase de daños permite una aplicación analógica a otros casos semejantes en que no se contempla una compensación económica a favor del titular del interés sacrificado.

Se llaman fuentes de las obligaciones aquellos hechos jurídicos en virtud de los cuales surgen las relaciones obligatorias¹⁵⁹⁸. Bajo este rótulo se tratan de resolver dos problemas: qué hecho o hechos jurídicos son necesarios para que pueda considerarse como nacida y contraída una relación obligatoria; y cuál es el repertorio o elenco de hechos jurídicos que determinan el nacimiento o la aparición de una relación obligatoria¹⁵⁹⁹.

Una enumeración de las fuentes de las obligaciones se contiene en el artículo 1089 CC: “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

Tal enumeración es el resultante de un largo proceso de evolución histórica del pensamiento jurídico que no es la oportunidad de ahondar en esta instancia, pero cuya virtualidad se ha puesto en duda en nuestros días. Así, FERRANDIS VILELLA señala que no todas las enumeradas en el artículo 1089 CC son verdaderas fuentes de las obligaciones: “en ausencia del contrato, sólo la ley puede hacer que nazca una obligación; todas las obligaciones que no se originen por un contrato presentarán entre sí la nota común de ser obligaciones no queridas por las partes y se diferenciarán unas de otras por el distinto supuesto de hecho que justifique el nacimiento de la obligación”¹⁶⁰⁰.

En esta misma línea, DÍEZ-PICAZO advierte de la complejidad del problema de la enumeración y sistematización de las fuentes de las obligaciones, que recae sobre la dificultad de incardinar a las llamadas obligaciones cuasi contractuales con todas las implicaciones que ella lleva consigo como el establecer una tipificación de las llamadas obligaciones *ex lege*, además de reconocer la diferente función que debe asignarse a la ley y a la voluntad negocial en la creación de obligaciones. Por ello, propone una reconstrucción de las fuentes de las obligaciones a partir del concepto de relación obligatoria, que es una relación jurídica establecida entre personas y organizada como un cauce

¹⁵⁹⁸ BONET RAMÓN, F., “Fuentes de las obligaciones”, en *RDN*, N°LV (1967), p. 9.

¹⁵⁹⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II...*, cit., p. 157.

¹⁶⁰⁰ FERRANDIS VILELLA, J., “Una revisión crítica de las fuentes de las obligaciones”, en *ADC*, tomo XI, fascículo I (1958), p. 137.

institucional de realización de fines o intereses vitales de intercambio y cooperación. En este escenario, entendidas las fuentes de las obligaciones como determinación de los supuestos de hecho de originación y la base de sustentación de las relaciones jurídicas obligatorias, estima que sólo es posible encontrar dos grandes tipos de fuentes: la autonomía privada o poder del individuo de constituir sus propias relaciones jurídicas y la soberanía del Estado al crear relaciones jurídicas entre particulares¹⁶⁰¹.

En todo caso, se señala que la enumeración de las fuentes de las obligaciones que hace el artículo 1089 CC ha de considerarse abierta, pudiendo comprenderse en la clasificación a otras fuentes no directamente aludidas y pudiendo interpretarse extensivamente. En virtud de este razonamiento se pueden considerar incluidas a la declaración unilateral de voluntad, a las derivadas de la conducta social típica que no precisan de verdaderas declaraciones y las procedentes de enriquecimientos injustos¹⁶⁰².

2.- La fuente de la obligación indemnizatoria de los daños lícitos reparables

Como primera aproximación al tema, vale la pena recordar que hemos desestimado la pertenencia de estos daños al estatuto de la responsabilidad civil y, por tanto, debemos descartar que la indemnización objeto de nuestro estudio pertenezca al tipo de los “actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

Es menester considerar que la conjunción “o” del artículo 1089 CC no es disyuntiva, sino que tiene un valor aclarativo o explicativo, de manera que los actos y omisiones en que interviene cualquier género de culpa o negligencia a que se refieren los artículos 1902 y siguientes del CC son, asimismo, actos y omisiones ilícitos¹⁶⁰³. En efecto, si se analiza el artículo 1902 CC en relación con los artículos 1089 y 1887 –que conforman su contexto normativo–, se

¹⁶⁰¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II...*, cit., p. 167.

¹⁶⁰² SANTOS BRIZ, J., “Artículo 1089”, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), tomo 6, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 20 y 21

¹⁶⁰³ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 184.

deduce que las acciones y omisiones a que se refiere el artículo 1902 CC quedan enmarcadas dentro de los actos u omisiones ilícitos, calificados incluso como tales por el artículo 1089 CC¹⁶⁰⁴.

En este mismo orden de ideas, se señala que la licitud y la ilicitud constituyen las dos constantes sobre las que pivota, a través de toda la historia, la sistematización de las fuentes de las obligaciones: lícitos, contratos y cuasicontratos, e ilícitos, delitos y cuasidelitos. Es la doctrina del Derecho Natural la que incorpora a la ley como fuente de las obligaciones, siendo esta nueva clasificación pentapartita la que siguió POTHIER y que recogió posteriormente el *Code* francés y el Código Civil italiano de 1865. Es del caso que el Código Civil español de 1889 refunde, en su artículo 1089, a los delitos y cuasidelitos en una sola categoría unitaria –“actos u omisiones ilícitos”–, puesto que los actos dolosos o culposos originan una misma consecuencia jurídica: la obligación de reparar el daño causado¹⁶⁰⁵.

En los daños lícitos reparables estamos en presencia de la realización de una conducta ajustada a Derecho en virtud de una expresa disposición normativa. Se trata de un comportamiento plenamente lícito al igual que el daño causado, que el sistema admite producir¹⁶⁰⁶, frente al cual el ordenamiento sólo ha reaccionado con la previsión de una compensación económica en favor del titular del interés sacrificado. Por lo demás, la conclusión arriba dada se corrobora, a mayor abundamiento, con lo afirmado por quienes han aseverado que en los vigentes textos legales no cabe incluir en el CC a la responsabilidad civil derivada de actos o transgresiones lícitas¹⁶⁰⁷.

¿Podremos englobar en la categoría del contrato o del cuasicontrato a la indemnización de los daños lícitos reparables? Ciertamente no.

¹⁶⁰⁴ PENA LÓPEZ, J.M., *Prólogo...*, p. 18; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., pp. 184 a 187; PEÑA LÓPEZ, F., *op. cit.*, nota 1, p. 259.

¹⁶⁰⁵ PENA LÓPEZ, J.M., *Prólogo...*, p. 18

¹⁶⁰⁶ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

¹⁶⁰⁷ SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1089...*, cit., p. 20, fundándose en LARENZ y ESSER.

El concepto legislativo de contrato está conformado por la conjunción de dos notas características: un consentimiento común de dos o más personas, sin el cual el contrato no existe (artículo 1254 CC), y la creación de una obligación que tiene la fuerza de ley entre las partes contratantes¹⁶⁰⁸. Más exactamente se sostiene que no basta el consentimiento (que es necesario para cualquier negocio jurídico), sino que éste debe ir dirigido precisamente al nacimiento de una obligación¹⁶⁰⁹. De allí que se le defina como “un acuerdo de voluntades de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*ad constituendum obligationem*)”¹⁶¹⁰.

Estas notas no se aprecian tratándose de la indemnización de los daños lícitos reparables. No existe consentimiento alguno entre los titulares de los derechos en juego que tenga por objeto nacer esta obligación “indemnizatoria”, puesto que aquella surge con absoluta prescindencia de la voluntad de los sujetos cuyos intereses se encuentran en conflicto. Por ejemplo, tratándose de los daños causados en estado de necesidad, el obligado a la reparación puede ser perfectamente un sujeto completamente ajeno al que efectuó la conducta necesitada e incluso ignorante de la acción lesiva; y, de coincidir ambas calidades en una misma persona, la destrucción del bien jurídico de menor valor no obedece a la existencia de un acuerdo de voluntades, sino al ejercicio de una facultad legal atendido el estado de emergencia. O en la unión de bienes operada de buena fe ¿acaso el dueño de la cosa principal no actúa en el completo desconocimiento de que empleaba materia ajena o, sabiéndolo, estimaba con fundamento que podía usarla lícitamente? ¿O en las servidumbres forzosas, no es precisamente la falta de acuerdo entre los propietarios del predio dominante y sirviente la que impone esa especial forma de constitución?

Por otro lado, el nacimiento de la obligación reparatoria que nos ocupa tampoco es un efecto querido ni buscado por los titulares de los derechos en

¹⁶⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I...*, cit., p. 133.

¹⁶⁰⁹ ATAZ LÓPEZ, J., “Artículo 1254”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), segunda edición, tomo XVII, volumen 1ºA, Edersa, Madrid, 1995, VLEX 262371, disponible en www.vlex.com (visita 23 julio 2015), p. 25.

¹⁶¹⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I...*, cit., p. 133.

conflicto. Así, tratándose del incumplimiento sin causa de la promesa matrimonial, el “resarcimiento” de los gastos que ordena la ley no constituye la finalidad del esposo cumplidor, cuya expectativa era bien diversa: casarse. Lo mismo acontece con el titular de los derechos de explotación sobre la obra de comercio, cuyo objetivo es obtener ganancias por la reproducción, transmisión o difusión de la misma, pero no por la obtención de una “indemnización” por la imposibilidad de hacerlo. ¿O es que el propietario del enjambre de abejas o el dueño de la finca vecina que quiere repararla tienen la voluntad de obligarse para con el titular de la finca colindante o más bien lo que quieren es recuperar el enjambre perdido o evitar el deterioro de su edificio?

Ciertamente en las hipótesis que hemos estudiado, el nacimiento de la obligación indemnizatoria es completamente ajena al consentimiento y a la intención de obligarse de los titulares de los derechos en conflicto.

Corresponde que nos hagamos cargo de la posibilidad de considerar a los cuasicontratos como posible fuente de la obligación de indemnizar en los daños lícitos reparables. Considerada una categoría artificiosa que únicamente posee una explicación histórica¹⁶¹¹, es lo cierto que el artículo 1887 CC los define: “son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados”. A pesar de su similitud con el artículo 1371 del *Code*¹⁶¹² que es su antecedente inmediato, el CC añade a la nota de “actos voluntarios del hombre” la de su “licitud”. Esta última nota pretende distinguir a los cuasicontratos de aquellas obligaciones que nacen de culpa o negligencia, originadas en actos ilícitos, y, con la nota de voluntariedad, se pretende una distinción con las obligaciones que nacen directamente de la ley¹⁶¹³.

Sin embargo, se sostiene que se trata de una definición tan vaga, que no individualiza la figura y no la separa de otros actos que, sin ser tenidos como

¹⁶¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II...*, cit., p. 176.

¹⁶¹² “*Les quasicontrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties*”.

¹⁶¹³ SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1887...*, cit., p. 3.

cuasicontratos, producen también obligaciones¹⁶¹⁴. Más aún, se dice que únicamente es una definición descriptiva que no intenta otra cosa que obtener una fórmula lingüística para poder compendiar las dos categorías que el CC recoge después: la gestión de negocios y el pago o cobro de lo no debido¹⁶¹⁵.

Por lo anterior, se ha intentado la posible reconstrucción de la categoría dogmática de los cuasicontratos a través del enriquecimiento sin causa. Así, CASTÁN TOBEÑAS propuso, como posible reforma del CC, “regular el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, en sustitución de la arcaica y oscura noción del cuasi contrato y sin perjuicio de desenvolver la materia del pago de lo indebido, como caso especial de ese enriquecimiento”¹⁶¹⁶. Ello ha llevado a concluir a algunos¹⁶¹⁷ que lo que el CC denomina cuasicontrato no son sino casos de negocios jurídicos que producen obligaciones pero careciendo de causa; lo que lleva consigo la obligación de devolver aquello en que consistió la prestación sin causa. Es decir, todos los llamados cuasicontratos no son sino expresión del enriquecimiento injusto y éste no es, ni lo considera el Código, cuasicontrato, sino que responde al principio general de que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro y es expresión de la regla general de que la relación obligatoria que carece de causa debe reponerse y devolverse aquello que fue objeto de una prestación. Por lo tanto, los llamados cuasicontratos serían, todos ellos, expresión o subtipos del enriquecimiento injusto. No obstante, como apunta DíEZ-PICAZO, la posible y deseable regulación del enriquecimiento injustificado permitiría englobar dentro de él los casos de *indebiti condictio*, pero no dejaría sitio para una regulación cabal de la gestión de negocios¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁴ O'CALLAGHAN, X., “Los cuasicontratos”, en *Compendio de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, tomo II, volumen 2, Edersa, Madrid, 2004, VLEX-215021, disponible en www.vlex.com (visita 23 julio 2015), p. 2.

¹⁶¹⁵ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II...*, cit., p. 178.

¹⁶¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Prólogo” a la obra de NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934, pp. XIV y XV.

¹⁶¹⁷ O'CALLAGHAN, X., *op. cit.*, p. 2. En sentido similar, SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1887...*, cit., p. 3.

¹⁶¹⁸ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II...*, cit., p. 180.

Conforme lo ha destacado la doctrina y la jurisprudencia española¹⁶¹⁹, la nota de voluntariedad característica de los cuasicontratos implica la intención de moverse en interés de otro con ánimo de obligarse. Y ello no existe en el caso de los daños lícitos reparables, ya que la obligación “indemnizatoria” dispuesta por la ley no es un efecto querido o buscado por el obligado a ella. La explicación es la misma que dimos a propósito de los contratos como fuente de las obligaciones, por lo que para evitar repeticiones innecesarias nos remitimos a lo dicho precedentemente.

Este mismo aserto se impone si llegáramos a considerar a los cuasicontratos como expresión o subtipo del enriquecimiento injustificado, desde que ya hemos descartado como fundamento de la obligación indemnizatoria en estudio a tal doctrina jurídica, explicación a la cual también reenviamos al lector.

Descartadas las otras fuentes de las obligaciones enumeradas en el artículo 1089 CC, sólo nos queda como alternativa la ley.

La doctrina que se ha referido expresamente al tema así lo considera. BUSTO LAGO¹⁶²⁰ nos indica que “son supuestos expresamente contemplados en la ley. Un análisis detenido de nuestro ordenamiento jurídico nos revela casos, si bien excepcionales, en los que el daño no antijurídico adquiere relevancia jurídica. Dicho de otra forma, son supuestos en los que el ordenamiento jurídico admite la producción del daño. Sucede en estos supuestos, que el Derecho considera ciertos intereses dignos de prevalecer, preocupándose a la vez de establecer consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado, de forma que se autoriza el daño, pero se le pone precio”¹⁶²¹. También encontramos opiniones del mismo tenor en algunos de los casos estudiados. Por ejemplo, SANCHO REBULLIDA considera que la ley es la fuente de la obligación de resarcir

¹⁶¹⁹ Cfr., SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1887...*, cit., pp. 4 y ss.

¹⁶²⁰ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166. Lo cual ha reiterado expresamente en sus artículos ya citados “*La indemnización debida por los daños causados en estado de necesidad*” y “*Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de incumplimiento de la promesa de matrimonio*”.

¹⁶²¹ Repitiendo el enunciado de CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147.

los gastos cuya reparación se ordena como consecuencia del incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio¹⁶²².

Esta es la opinión de la doctrina italiana que ha estudiado a los actos lícitos dañosos de tal sistema. Si bien en el sistema italiano las fuentes de las obligaciones no consideran expresamente a la ley, los autores, como veremos en un momento más, se refieren a ella para sintetizar el origen de la *indennità* en los actos lícitos dañosos. En efecto, en el CC italiano la disciplina de las fuentes de las obligaciones se contiene en su artículo 1173¹⁶²³, según el cual las obligaciones se derivan del contrato, del hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico¹⁶²⁴. Se dice que el *Codice* ha roto con el criterio de la consideración estricta de la ley como fuente de las obligaciones, ya que no es sólo la ley la que desempeña un cometido como tal, sino el conjunto de normas integrantes del ordenamiento jurídico; y que el ordenamiento jurídico da lugar al nacimiento de las obligaciones mediante la previsión de determinados supuestos a los que incorpora ese efecto jurídico¹⁶²⁵.

Pues bien, volviendo a nuestro tema, debemos destacar la opinión de BRIGUGLIO, el cual al encuadrar dentro de la categoría de los actos lícitos dañosos a la *indennità* debida como consecuencia de los daños originados en estado de necesidad, nos señala que la fuente de tal obligación debe reconducirse al *tertium genus* de las fuentes, distinto del contrato y del hecho lícito, que el artículo 1173 identifica en "todo otro acto o hecho idóneo a producirlas en conformidad con el ordenamiento jurídico"¹⁶²⁶. Dentro de este último supuesto se ha dicho que la figura del acto lícito dañoso es

¹⁶²² SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, p. 33. En el mismo sentido parece pronunciarse LUNA SERRANO: "... nótese, finalmente, que la *obligación legal* determinada en el precepto se contrae al resarcimiento de los gastos ya hechos y a las consecuencias económicas derivadas de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio..." (LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, p. 56). La cursiva es nuestra.

¹⁶²³ "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

¹⁶²⁴ Cfr., BETTI, E., *op. cit.*, pp. 7 y ss.; FERRANDIS VILELLA, J., *op. cit.*, pp. 122 y ss.; BONET RAMÓN, F., *op. cit.*, p. 18; HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 223.

¹⁶²⁵ HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 223.

¹⁶²⁶ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 180.

excepcional¹⁶²⁷ y que sólo es admisible en virtud de las normas expresas que lo contemplan¹⁶²⁸. Con lo cual evidencian que sin la existencia de una norma jurídica que ordenare una indemnización, su reparación no tendría lugar atendida la inexistencia de una conducta reprochable¹⁶²⁹.

Para una parte importante de la doctrina, la extensión del concepto de ley como fuente de las obligaciones depende de la sistematización que se haga de ellas en los respectivos ordenamientos. Ya hemos hecho alusión que varios autores limitan las fuentes de las obligaciones al contrato o negocio jurídico y la ley, importando que esta última contemple dentro de sus supuestos de origen a un variopinto elenco de situaciones de hecho. En efecto, bajo esta comprensión genérica encontraríamos a todas las obligaciones que se contraen sin convenio, a saber: a) obligaciones que la ley impone cuando concurren los supuestos de la gestión de negocios y el cobro de lo indebido (supuestos agrupados bajo la denominación de cuasicontratos); b) obligaciones que la ley impone cuando concurren los supuestos tipificados en el Código penal como delitos o faltas; c) obligaciones que la ley impone cuando concurren los supuestos de la conducta culposa o negligente para la que no se establece una sanción penal; y, d) obligaciones que la ley impone cuando concurren otros supuestos que, por no reunir características homogéneas, no han llegado a formar un supuesto típico como las anteriores y que el artículo 1089 designa como que “nacen de la ley”¹⁶³⁰.

Podrá apreciarse que la nota común de aquéllas está dada por el hecho de que las obligaciones surgidas no son queridas por las partes, sino impuestas por la ley¹⁶³¹. No obstante aquello, apunta HERNÁNDEZ GIL, si bien es efectivo que “únicamente en la esfera del negocio jurídico la obligación es fruto inicialmente del querer obligarse, en los demás casos no es el querer obligarse lo que cuenta, sino el resultar obligado. Pero ello no autoriza para llegar a la

¹⁶²⁷ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 98.

¹⁶²⁸ SCADUTTO, G. y RUBINO, D., voz “Illecito (Atto) (Diritto moderno)”, en *Nuovo Digesto Italiano* (a cargo de MARIANO D'AMELIO y con la colaboración de ANTONIO AZARA), tomo VI, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1938, p. 704; FRANZONI, M., *Dei fatti...*, cit., p. 116.

¹⁶²⁹ GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 101.

¹⁶³⁰ FERRANDIS VILELLA, J., *op. cit.*, p. 146.

¹⁶³¹ FERRANDIS VILELLA, J., *op. cit.*, p. 142.

conclusión de que los supuestos no encajables en el contrato o el negocio jurídico carecen de significado como fuentes de las obligaciones, cometido que se asigna a la ley. Son, en verdad, otros supuestos; los efectos no se despliegan de igual modo; pero una cosa es esto y otra borrar o hacer inexpresivo el supuesto mismo. Procediendo de este modo vienen a considerarse simple e indiscriminadamente como legales una serie de obligaciones entre sí heterogéneas. Por otra parte, tampoco es rigurosamente cierto que, en el plano del negocio jurídico, todas las obligaciones son la estricta consecuencia del querer obligarse, ya que, junto a las directamente configuradas por las partes, aparecen otras incorporadas por la ley. Todo lo cual pone de manifiesto que precisa ser abandonada la concepción que, con innegable simplicismo, pero sin la debida justificación, reduce a contrato o negocio jurídico y ley las fuentes de las obligaciones”¹⁶³².

La tipificación de las obligaciones legales también ha sido discutida en la doctrina extranjera. Así, BETTI, partiendo de la base de que las obligaciones derivan de los negocios jurídicos o de la ley, señala que aquellas que nacen de la ley pueden dividirse en tres grupos distintos: a) las obligaciones que surgen para restablecer un equilibrio patrimonial destruido por un acto carente de causa; b) las que surgen para reparar el daño injustamente causado; y, c) las que la ley liga a un determinado estado de hecho o estado de cosas¹⁶³³.

LARENZ, por su parte, indica que las obligaciones pueden nacer de los negocios jurídicos, de la conducta socialmente típica, de los hechos legalmente reglamentados y de un acto de soberanía estatal con efectos constitutivos en la esfera del Derecho privado. Refiriéndose a las obligaciones nacidas de hechos legalmente reglamentados, señala que no puede hacerse de ellas una enumeración completa, situando entre las mismas a la obligación de resarcir los daños causados por los actos ilícitos o como consecuencia de una responsabilidad por riesgo, la de restituir el enriquecimiento injusto, la de indemnizar los gastos hechos en interés de otro, las obligaciones entre los copartícipes de un derecho, las obligaciones de alimentos entre parientes o las

¹⁶³² HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pp. 222 y 223.

¹⁶³³ BETTI, E., *op. cit.*, pp. 11 y 12.

que se producen entre el que pierde y el que encuentra una cosa determinada¹⁶³⁴.

Sin perjuicio de la dificultad de determinar las clases de obligaciones legales que comprende el ordenamiento, también se ha encontrado alguna virtud a la consideración de la ley como fuente de obligaciones. Ella consistiría en ser el expediente generalizador a través del cual se logra la enunciación exhaustiva del origen de las obligaciones, de lo cual inferimos que toda obligación cuyo nacimiento no pueda atribuirse a ninguna de las otras fuentes tendrá su origen en la ley¹⁶³⁵.

Pues bien, el sentido en que señalamos que la ley es la fuente de la indemnización en los daños lícitos reparables es, en primer lugar, aquel que permite diferenciarlo de las distintas categorías de obligaciones legales que la doctrina ha ensayado, de todo lo cual ya dimos cuenta anteriormente al separar nuestro objeto de estudio de las obligaciones nacidas de los cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

En segundo lugar, el sentido en que entendemos a la ley como tal fuente de obligaciones es aquel en que la obligación reparatoria emana de la ley en sentido estricto, es decir, lo que DÍEZ-PICAZO refiere como “supuestos legalmente reglamentados” –también conocidas por la doctrina tradicional como obligaciones que nacen directamente de la ley u obligaciones *ex lege*–¹⁶³⁶, a objeto de diferenciarlas de las obligaciones legales que pueden nacer de las demás fuentes del Derecho (la costumbre y los principios generales del Derecho). Sabemos que el hecho de que el artículo 1089 CC sólo mencione la

¹⁶³⁴ Cfr., DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II...*, cit., pp. 165 y 166; HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pp. 224 – 226.

¹⁶³⁵ HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pp. 213 y 214; BONET RAMÓN, F., *op. cit.*, p. 19. En el mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, A., “Artículo 1090”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989, p. 171.

¹⁶³⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II...*, cit., pp. 182 y 183. Comprende dos grupos: a) el que incluye a todas aquellas obligaciones que tienden a reparar o a restituir un equilibrio patrimonial roto como consecuencia de un acto lícito o de una atribución justificada, y; b) el constituido por aquellas obligaciones que nacen de un determinado estado o situación (*Zustandobligationem*).

ley y que el artículo 1090 CC exija el expreso establecimiento por la misma de la obligación y prevea un régimen de derecho supletorio con referencia sólo a disposiciones legales, no implica en modo alguno descartar que ciertas obligaciones legales tengan su origen en la costumbre o en los principios generales del Derecho¹⁶³⁷. Lo contrario implicaría desconocer el tenor del artículo 1 CC, que establece el carácter subsidiario como fuentes del Derecho de la costumbre y los principios generales del mismo: “¿por qué la costumbre y los principios generales que, al ser, en defecto de la ley, fuentes del Derecho, tienen eficacia normativa, van a carecer de ella a los fines de dar lugar al nacimiento de obligaciones?”¹⁶³⁸.

El hecho de considerar a la compensación económica prevista para los daños lícitos reparables como un “supuesto legalmente reglamentado”, obedece a la idea de que el legislador, al contemplar una “indemnización”, lo que hizo fue demarcar el contenido del respectivo derecho, asignándole una consecuencia por el mero hecho de su ejercicio, en algunos casos, o por el perjuicio causado, en otros, como mecanismo de equilibrio de los intereses en juego. Es decir, la indemnización dispuesta por la ley constituye una opción legislativa que, frente al sacrificio del derecho de uno de los titulares de los intereses en conflicto, estima como necesaria la distribución de las consecuencias negativas del evento dañoso o desventajoso, atendido que ambos intereses son dignos de protección para el ordenamiento jurídico. A través del mecanismo de la reparación, el titular del interés sacrificado por la opción legislativa no soporta exclusivamente los efectos adversos causados por el ejercicio del derecho considerado más digno de prevalecer por el ordenamiento, manifestándose de esta forma el carácter equitativo de este sistema de solución de conflictos jurídicos.

Así las cosas, la regulación del conflicto de intereses que se presenta en esta clase de situaciones y el otorgamiento de la correspondiente indemnización es

¹⁶³⁷ HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 215; BONET RAMÓN, F., *op. cit.*, p. 21; SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1090...*, cit., p. 30; LUNA SERRANO, A., “Artículo 1090”, en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 10.

¹⁶³⁸ HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 215 y 216, aunque referida su explicación al antiguo texto del artículo 6 CC. En sentido similar, BONET RAMÓN, F., *op. cit.*, p. 21.

tarea propia del legislador. Se ha sostenido que la solución de tales conflictos constituye un ejercicio previo a la convivencia social, resultando ser la norma jurídica el instrumento idóneo para eliminar tal controversia, sea disponiendo la preeminencia de un interés sobre otro, sea restringiendo el contenido de ambos para obtener la compatibilidad que permita una ordenada convivencia¹⁶³⁹. De allí que la doctrina que se ha ocupado del tema afirme que los casos estudiados “son supuestos expresamente contemplados por la ley”¹⁶⁴⁰.

El hecho de que la respectiva “indemnización” sea una obligación legal porque responde a un “supuesto legalmente reglamentado” se corrobora por lo que pasamos a exponer a continuación. Para ello debemos recordar que la conducta que produce el daño lícito reparable se funda en la existencia de una norma que ha autorizado la realización de aquella, sea expresamente, sea tácitamente, de donde obteníamos que el comportamiento que lo generaba o bien era conforme a Derecho, o bien había sido legitimado por el ordenamiento.

En el primer grupo de casos, o sea, en aquellos en que la conducta generadora del daño es plenamente conforme a Derecho (por ejemplo, el derecho del propietario del enjambre de abejas para perseguirlo en la finca ajena o el derecho de retirada que la ley otorga a los autores la LPI), de no haberse previsto la consecuencia indemnizatoria en la norma respectiva ésta no habría “nacido” de ninguna forma, desde que la realización del comportamiento dañoso estaría amparado por la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20 N°7 CP), que no genera responsabilidad civil alguna al amparo del artículo 118 CP. Sería plenamente aplicable a esta situación el brocardo romano *qui suo iure utitur neminem laedit*: el que usa o ejerce su derecho no lesiona a nadie, de lo cual se ha inferido que “... los daños justamente causados no se indemnizan. Aunque la acción sea punible, no se indemniza si concurre una causa de justificación”¹⁶⁴¹.

¹⁶³⁹ TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 74.

¹⁶⁴⁰ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166.

¹⁶⁴¹ DíEZ-PICAZO, L., *La responsabilidad...*, cit., p. 735.

Asimismo, la opción legislativa impide la reacción del titular del derecho sacrificado, ya que no puede oponerle al autor del daño legítima defensa alguna por faltar el requisito de la “agresión ilegítima”, conforme al artículo 20 N°4 CP¹⁶⁴². Frente a la facultad reconocida al agente no existe una pretensión de contenido opuesto de parte del dañado, ya que el interés de este último es protegido por el ordenamiento únicamente con la indemnización¹⁶⁴³.

En el segundo grupo de casos, es decir, en aquellos en que la conducta generadora del daño ha sido legitimada por el ordenamiento jurídico (supuestos de uniones de bienes operadas de buena fe), la previsión expresa en la norma de la consecuencia indemnizatoria evita precisamente el reproche de la conducta desplegada y su sanción correspondiente a título de ilícito civil (desde que, por ejemplo, en el caso del artículo 360 CC, nos encontramos frente a un acto objetivamente ilícito, pues constituye una apropiación de cosas ajenas¹⁶⁴⁴). En estos supuestos se sostiene incluso que, junto con la propiedad, coexiste con ella “una auténtica “expropiación” legal de otra propiedad que, accesoria o no respecto de la anterior, resulta tan digna de consideración como aquella”¹⁶⁴⁵.

En este último supuesto, de no haberse contemplado la respectiva obligación indemnizatoria, estaríamos en presencia de un auténtico ilícito civil y, por qué no decirlo, quizás también de uno penal. Ello porque la reparación acordada por la ley legitima la conducta desplegada, desde que el pago de la correspondiente reparación “agota la responsabilidad” de quien la realizó¹⁶⁴⁶. Con lo cual, de no haber tenido la intención el legislador de solucionar el conflicto de intereses mediante la demarcación del contenido del respectivo derecho a través del nacimiento de una obligación reparatoria, habría sido innecesario que la ley se pronunciara expresamente respecto de la procedencia de una indemnización de perjuicios, pues ella se habría podido reclamar a través de las respectivas normas de responsabilidad civil (artículo

¹⁶⁴² Cfr., PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 612...*, cit., p. 326.

¹⁶⁴³ TUCCI, G., *op. cit.*, p. 263.

¹⁶⁴⁴ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 255; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *op. cit.*, p. 153.

¹⁶⁴⁵ BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 268.

¹⁶⁴⁶ Cfr., ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 255.

1902 CC). Asimismo, el titular del interés sacrificado podría haber repelido la conducta agresora, ya que existiría una agresión ilegítima que autorizaría la correspondiente legítima defensa.

El hecho de que estemos en presencia de un “supuesto legalmente reglamentado”, específicamente referido a aquellas obligaciones que la ley liga a un determinado estado de hecho o estado de cosas¹⁶⁴⁷, implica, como tarea adicional, establecer si admite o no interpretación analógica para los demás supuestos en que no se establece indemnización alguna por el legislador como consecuencia de un sacrificio sufrido; lo que pasamos a analizar a continuación.

3.- La posibilidad de aplicar por analogía la consecuencia indemnizatoria de los daños lícitos reparables

La aplicación analógica de las normas es un mecanismo de integración del Derecho consistente en aplicar a un caso dado, que no aparece contemplado de manera directa ni especial por ninguna norma jurídica (ni ley ni costumbre), una norma prevista para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda la suficiente semejanza¹⁶⁴⁸. En este caso, la norma se aplica para un supuesto no pensado, lo que permite diferenciarla de la interpretación extensiva, en la cual, luego de analizar la norma, se llega a la conclusión de que aquella quería regular más supuestos de los que literalmente contempla. “Se interpreta la norma que está; se integra la que no está”¹⁶⁴⁹.

Presupuesto de ella es la existencia de una “laguna legal”¹⁶⁵⁰, es decir, de una deficiencia de la ley o de una inexistencia de ley que sea exactamente aplicable

¹⁶⁴⁷ BETTI, E., *op. cit.*, pp. 11 y 12. O la clase de obligaciones legales que Díez-PICAZO reúne bajo la denominación de *Zustandobligationem* (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II...*, cit., p. 182).

¹⁶⁴⁸ ATAZ LÓPEZ, J., “Artículo 4”, en *Comentarios al Código Civil* (director RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 127.

¹⁶⁴⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aplicación...*, cit., p. 116.

¹⁶⁵⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J., “La analogía en el Derecho”, en *ADC*, 1995, p. 1074; FALCÓN Y TELLA, M.J., *El argumento analógico en el Derecho*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 78 y ss.

al tema o punto controvertido¹⁶⁵¹; que no es lo mismo que decir “laguna del ordenamiento jurídico”, ya que éstas no existen en el sistema atendido el elenco de fuentes del Derecho que se consagra en los artículos 1 y 4 CC, “pretendidamente autosuficiente” en palabras de YZQUIERDO TOLSADA¹⁶⁵². De lo anterior se dejó expresa constancia en la Exposición de Motivos de la reforma al Título Preliminar del CC: “la formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la ley, que pueden darse, siendo el medio idóneo y más inmediato de salvarlas la investigación analógica”¹⁶⁵³.

Ahora bien, no todos están de acuerdo cuando estamos en presencia de un vacío legal. Según algunos, existe una laguna legal en los siguientes casos: a) cuando la ley calla absolutamente; b) cuando la ley establece una mera orientación general; c) cuando dos leyes se contradicen y ninguna de ellas prevalece sobre la otra; d) cuando la norma se hace inaplicable por las consecuencias que produce y que no habría querido el legislador¹⁶⁵⁴. Otros, por su parte, o bien omiten la última¹⁶⁵⁵, o bien la limitan a las dos primeras¹⁶⁵⁶.

Debemos consignar que no toda conducta o situación no regulada constituye una laguna legal, ya que existen una infinidad de comportamientos no regulados por el Derecho y que nadie calificaría como un vacío legal¹⁶⁵⁷: “... no puede hablarse de lagunas normativas siempre que la ley o el derecho consuetudinario guarden silencio, ya que también existe “un silencio elocuente de la ley”, por ejemplo, cuando consciente e intencionadamente no se produce

¹⁶⁵¹ DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, tercera edición corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1993, p. 278.

¹⁶⁵² YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aplicación...*, cit., p. 116.

¹⁶⁵³ Cfr., TORRALBA SORIANO, V., “Artículo 4.1 CC”, en *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 02 de mayo de 1975*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 204

¹⁶⁵⁴ FUEYO LANERI, F., “Interpretación e integración de la norma en contra de su literalidad por los tribunales de justicia”, en VVAA: *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 467.

¹⁶⁵⁵ FUENZALIDA PUELMA, E., *Integración de las lagunas jurídicas en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973, pp. 42 y ss.

¹⁶⁵⁶ MUJICA BEZANILLA, F., “La integración de las lagunas legales”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 56 (1959), CL/DOC/709/2010, disponible en www.legalpublishing.cl (visita 02 abril 2012), p. 1. Le sigue, FIGUEROA YÁÑEZ, G., *Curso de Derecho Civil*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, pp. 152 y ss.

¹⁶⁵⁷ Cfr., SQUELLA NARDUCCI, A., *Introducción al Derecho*, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 672.

una determinada regulación. De ahí que no puede identificarse “laguna” y “silencio de la ley”...”¹⁶⁵⁸.

En efecto, ante la ausencia de regulación, es posible detectar la no existencia de una laguna, ya que perfectamente puede ser voluntad del legislador que una determinada consecuencia jurídica quede excluida. Y ello, además, porque “...los jueces deben abstenerse de ponerse de parte de controversias partidistas actuales y que las grandes cuestiones de política legislativa corresponden al Poder Legislativo en las sociedades democráticas...”¹⁶⁵⁹.

Dicho lo anterior, la pregunta a realizar es la siguiente: ¿puede concederse una “indemnización” o compensación económica en todos aquellos casos en que, por causa de un interés de carácter privado, se contemple el sacrificio de un interés ajeno como consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho o de la realización de una conducta ajustada al ordenamiento, no obstante ser omitida esta consecuencia pecuniaria? ¿Se podría aplicar a dichos supuestos no regulados la respuesta “indemnizatoria” de los daños lícitos reparables?

Afirmamos que no. Como idea matriz de la negativa está el hecho que la reacción indemnizatoria contemplada en la norma lo ha sido como consecuencia de una opción legislativa que, al momento de solucionar este singular conflicto de intereses, ha autorizado, por un lado, el ejercicio de un derecho o una facultad y, por otro, ha concedido una compensación económica a favor del titular del interés sacrificado. Es decir, el Poder Legislativo, al establecer el contenido de los respectivos derechos, ha establecido una forma especial de solución del respectivo conflicto, autorizando un determinado comportamiento dañoso a cambio de una “indemnización”. Esta función demarcatoria constituye un ejercicio previo a la convivencia social, de donde surge que es el legislador el único Poder del Estado que, mediante la dotación del contenido de las respectivas normas, permite lograr la debida compatibilidad entre los titulares de intereses opuestos y, con ello, construir

¹⁶⁵⁸ SALGUERO, M., “La aplicación analógica como escenario de la creación judicial del Derecho”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº22 (2002), identificador BIB 2003/124, disponible en www.westlaw.es (visita 05 abril 2012), p. 9.

¹⁶⁵⁹ SALGUERO, M., *op. cit.*, p. 22.

una ordenada convivencia, sea disponiendo la preeminencia de un interés sobre otro, sea restringiendo el contenido de ambos¹⁶⁶⁰.

Esta idea queda de manifiesto, según ya hemos dicho, por la sencilla razón de que si el legislador no hubiere otorgado “indemnización” alguna para arbitrar este singular conflicto de intereses, dicha obligación no habría nacido por carecer de fuente, puesto que quien ejercita legítimamente un derecho y causa un daño no contrae ninguna responsabilidad civil respecto de la persona del dañado; máxime si el comportamiento generador del hecho dañoso es lícito, puesto que ha sido autorizado o legitimado por el ordenamiento. Más aún, de no haberse concedido indemnización alguna, el titular del interés sacrificado podría haber evitado el sacrificio del mismo ejerciendo la legítima defensa de su derecho, en atención a que existiría una “agresión ilegítima”.

De esta manera, la omisión de la regulación de una indemnización para otros posibles casos de privación singular de un derecho, ventaja o prerrogativa como consecuencia del legítimo ejercicio de un derecho ajeno o por la realización de una conducta ajustada al ordenamiento o legitimada por éste, no constituye una hipótesis de laguna legal, desde que, como ya enunciamos, el hecho de que una ley no regule un supuesto determinado no implica la inmediata asunción de un vacío legal: puede ser precisamente esa la voluntad de la ley.

Por otro lado, la imposibilidad de la aplicación analógica se manifiesta por el hecho de ser estas normas leyes de carácter excepcional, las que, conforme al artículo 4.2 CC, no admiten aplicación analógica. Se entienden por normas de carácter excepcional a aquellas que derogan una norma general o regulan un determinado comportamiento de modo opuesto a aquel en que vendría regulado si la norma excepcional no existiera¹⁶⁶¹. La razón por la cual se niega la aplicación analógica de las normas excepcionales es porque éstas constituyen *ius singulare* que, por implicar una derogación de las reglas

¹⁶⁶⁰ TORREGROSSA, G., *op. cit.*, p. 74.

¹⁶⁶¹ MONTÉS, V.L., “Artículo 4.2 CC”, en *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 02 de mayo de 1975*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 224.

generales para determinadas materias, impide la existencia de lagunas, en cuanto a que lo no regulado en la respectiva norma queda bajo el amparo de la norma general¹⁶⁶².

Estas hipótesis se verifican ampliamente en la especie. Así, en aquel grupo de casos en que la conducta generadora del daño es plenamente conforme a Derecho y, no obstante aquello, la ley concede igualmente una indemnización por el sacrificio realizado, la excepcionalidad se manifiesta en la circunstancia de que si la norma no hubiere concedido reparación alguna, ninguna compensación económica habría nacido, ya que tal comportamiento habría quedado bajo la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho que no origina ninguna obligación indemnizatoria (artículos 20 N°7 y 118 CP antes vistos).

Lo que también acontece en el segundo grupo de casos, es decir, en aquellos en que la conducta generadora del daño ha sido legitimada por el ordenamiento jurídico –y, por tanto, considerada lícita– (supuestos de uniones de bienes operadas de buena fe), en los que de no haber existido la reparación ordenada por la norma y que “agota la responsabilidad”¹⁶⁶³ del que la llevó a efecto estaríamos en presencia al menos de un ilícito civil (en que no se habría necesitado explicitar la consecuencia reparatoria), cuyas reglas generales si bien habrían concedido igualmente una indemnización de perjuicios, lo habrían sido a título de responsabilidad civil y bajo el amparo del principio de reparación integral del daño, y no de forma limitada o restringida como acontece en los daños lícitos reparables.

Abona la excepcionalidad de las normas que regulan nuestros eventos de daños lícitos reparables, la circunstancia de que no existe un principio general de reparación de acto lícito, por lo que sólo procede una “indemnización” existiendo una ley expresa que la contemple. En este orden de ideas, PANTALEÓN PRIETO es bastante enfático: “no se responde del daño causado en legítima defensa. Tampoco del causado en cumplimiento de un deber (p. ej.

¹⁶⁶² ATAZ LÓPEZ, J., *Artículo 4...*, cit., p. 130.

¹⁶⁶³ *Cfr.*, ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 255.

bomberos que tratan de apagar el fuego). O en el ejercicio de un derecho, si la causación de daños es consustancial del mismo (p. ej. derecho de huelga), a no ser que una específica norma legal imponga la responsabilidad (“por acto lícito”, p. ej. arts. 596 y 612 I CC)”¹⁶⁶⁴. Lo cual también es coincidente con el pensamiento del citado autor, en orden a la inexistencia de un derecho subjetivo a la total indemnidad de la esfera personal y patrimonial de los sujetos de Derecho, dado que el ordenamiento jurídico de un sistema económico-social fundado en la competencia “permite e incentiva la realización de actividades que se demuestran estadísticamente productoras de importantes daños a los demás”¹⁶⁶⁵.

La excepcionalidad de los supuestos constitutivos de los daños lícitos reparables también se ha afirmado en Italia. DE CUPIS ha manifestado que el daño que no sea *contra ius* sólo excepcionalmente alcanza carácter jurídico, agregando que “... no sólo no hay razón alguna para imponer una reacción general contra el daño no antijurídico, sino que es más, si se estableciere, vulneraría la misma entraña de la convivencia social. En línea de principio debe valer, y no puede ser de otra manera, que el daño no antijurídico debe ser soportado por el sujeto del interés lesionado, lo cual no es óbice, por supuesto, para que en casos especiales, como son los que se han examinado, se produzca una determinada reacción jurídica”¹⁶⁶⁶. TUCCI, por su parte, señala que no es posible formular un principio general de reparación del daño causado por acto lícito, sea de carácter público o privado¹⁶⁶⁷. SCADUTO Y RUBINO, además de GIACOBBE, enfatizan el hecho de ser hipótesis excepcionales limitadas sólo a los casos expresamente previstos en la ley¹⁶⁶⁸.

Por otro lado, si pensamos en la responsabilidad derivada de acto ilícito, el principio general también es *casum sentit dominus*, es decir, el daño debe ser soportado por quien lo sufre, a menos que existan poderosas razones para

¹⁶⁶⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., *Artículo 1902...*, cit., p. 1995. La cursiva es nuestra.

¹⁶⁶⁵ *Ídem*.

¹⁶⁶⁶ DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 99 y 100.

¹⁶⁶⁷ TUCCI, G., *op. cit.*, pp. 267 y 269. Aunque admite una extensión de la aplicación de las normas a casos análogos existiendo “suficientes razones”, aunque sin explicar el razonamiento y los argumentos de tal conclusión.

¹⁶⁶⁸ SCADUTTO, G. y RUBINO, D., *op. cit.*, p. 705; GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 101.

poder imputarlo al agente dañoso¹⁶⁶⁹. Estas poderosas razones se identifican en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” en la culpa, el riesgo o el deber de responder por hecho ajeno¹⁶⁷⁰. Pues bien, si en los actos reprochados por el ordenamiento la obligación reparatoria está subordinada a la existencia de un criterio de imputación suficiente que permita el “cambio de bolsillo” soportante del daño causado, con mayor razón la “responsabilidad” por acto lícito debe estar sujeta a un estándar más alto. De allí que este estándar se identifique con la existencia de una ley expresa que ordene la reparación del daño lícito, o sea, de aquel perjuicio cuya causación ha sido permitido por el ordenamiento jurídico.

Lo antes dicho no constituye ninguna novedad para el sistema jurídico, desde que existen casos en que se responde por los daños causados como consecuencia de una conducta completamente ajustada a Derecho: la responsabilidad objetiva¹⁶⁷¹. Y en estos eventos ha sido el legislador el que ha establecido los casos en que se responde sin necesidad de acreditar culpa o negligencia, como lo demuestra la existencia de numerosas leyes que contemplan esta clase de responsabilidad (navegación aérea, accidentes nucleares, etc.). Por ello se ha sostenido que lo adecuado es que sea el legislador el que determine los supuestos de responsabilidad por riesgo¹⁶⁷².

De todo lo antes expuesto se aprecia la excepcionalidad del supuesto en comento, que, atendida a su propia naturaleza lícita, implica que su reparación

¹⁶⁶⁹ Entre varios, REGLERO CAMPOS, L.F. Y PEÑA LÓPEZ, F., “Los sistemas de responsabilidad”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinadores JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO Y FERNANDO REGLERO CAMPOS), segunda edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 63; Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 42.

¹⁶⁷⁰ “Artículo 1:101. Norma fundamental. (1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones”.

¹⁶⁷¹ REGLERO CAMPOS, F., *Conceptos generales... Tratado*, cit., p. 67. Es preciso destacar que CAVANILLAS señala la existencia de una íntima conexión entre los supuestos de daños lícitos reparables y la responsabilidad objetiva (CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, pp. 147 y 148). Debe consignarse la opinión de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO que, criticando la denominación “responsabilidad objetiva”, señala que las conductas lícitas y no culposas productoras de daños generan obligaciones y no responsabilidades, puntualizando que se trata de obligaciones legales (FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., “Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar. Notas sobre su naturaleza jurídica”, en *ADC*, 1965, p. 667, especialmente el penúltimo párrafo de la nota 8).

¹⁶⁷² Díez-PICAZO, L., *Derecho...*, cit., p. 118.

deba estar sujeta a mayores restricciones que el daño derivado “de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. Y esa mayor restricción se manifiesta en la existencia de una ley que disponga expresamente la reparación del daño permitido o autorizado por el ordenamiento.

Adicionalmente a lo antes afirmado, podemos agregar que los hechos y situaciones a los cuales la ley le atribuye el carácter de productores de obligaciones están taxativamente determinados por la misma ley y no pueden conducirse a categorías generales e ilimitadas, infiriéndose que son típicos, no autónomos y no susceptibles de aplicación analógica¹⁶⁷³. Todo lo cual es coincidente con el hecho de que “las obligaciones derivadas de la ley no se presumen” y que “sólo son exigibles las expresamente determinadas”, conforme al artículo 1090 CC¹⁶⁷⁴. Ello significa asumir que el nacimiento de las mismas requiere de una expresa determinación del ordenamiento, así como su entidad y disciplina específicas¹⁶⁷⁵.

Prueba palmaria de la negativa a aplicar por analogía la consecuencia indemnizatoria prevista por la ley en los daños reparables, es la que acontece con la construcción extralimitada efectuada de buena fe, en la cual el constructor asienta su edificación sobre terreno propio pero invade en mayor o menor grado el suelo ajeno. La solución jurisprudencial en los casos que lo edificado es de mucho mayor valor que el suelo, como veremos, es atribuir el dominio del suelo al constructor a cambio de la indemnización de los daños causados por la extralimitación y el precio del terreno invadido¹⁶⁷⁶; supuesto que no tiene solución normativa en el CC¹⁶⁷⁷, ya que no es aplicable el sustrato

¹⁶⁷³ BETTI, E., *op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁷⁴ HERNÁNDEZ GIL evidencia que el CC no se conforma con excluir la presunción de las obligaciones legales. Dice, además, que “sólo son exigibles las expresamente determinadas” (HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 214).

¹⁶⁷⁵ LUNA SERRANO, A., *Artículo 1090...*, cit., p. 9.

¹⁶⁷⁶ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 246.

¹⁶⁷⁷ A diferencia de otros ordenamientos, como el italiano, en que el supuesto se disciplina en el artículo 938 CC.

de su artículo 361 previsto expresamente para la edificación o plantación totalmente asentada sobre terreno ajeno¹⁶⁷⁸.

Pues bien, previo a fundamentar nuestra afirmación, es preciso que conozcamos la solución jurisprudencial tras la problemática de la construcción extralimitada, que resume la capital STS de 31 de mayo de 1949¹⁶⁷⁹, cuyos argumentos se mantienen hasta el día de hoy:

“CONSIDERANDO (4º). Que, claras y precisas las normas que estatuye el Código Civil en sus artículos 361 y siguientes, ninguna dificultad ofrece el aplicarlas para decidir las cuestiones que se susciten en los casos de construcción en suelo ajeno, por ellas reguladas atendiendo a la buena o mala fe constructor, y aun a la del dueño del suelo cuando con la de aquél concurre, y siempre respondiendo a la regla “*superficie solo cedit*”, derivada del principio fundamental de la accesión, de que “lo accesorio sigue a lo principal”, inspiradores éste y aquélla notoriamente de los artículos 353 y 358, del mismo Código, pero tales normas no resuelven los casos de edificación en suelo que en parte pertenece al edificante, ya que ellos carecen de la base común a los supuestos para los que están establecidos .

CONSIDERANDO (5º). Que descansan las doctrinas científica y legal de la accesión en la existencia de una cosa que ha de tenerse por principal y de otra accesorio que al unirse la forma con ella una individualidad, por lo que al merecer el suelo la primera de las expresadas calidades ha de ceder a él cuanto a su superficie se incorpore, de lo que es consecuencia la adquisición por el dueño del suelo del derecho a la propiedad de lo incorporado, según declara el artículo 353, y el de optar por hacerlo suyo pagando su valor, como dispone el 361, ambos antes citados, mas esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño del suelo no lo es de toda la extensión del mismo, porque cuando esto sucede y lo construido constituye con

¹⁶⁷⁸ Díez-PICAZO, L., *La modificación...*, p. 852; ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss....*, cit., p. 243; GARRIDO PALMA, V., *op. cit.*, p. 120; LATOUR BROTONS, J., “La construcción extralimitada”, en *RDP*, tomo L (1966), p. 262; DE LA PLAZA, M., “Construcciones sobre suelo ajeno”, en *RDP*, tomo XXXI (1947), p. 444.

¹⁶⁷⁹ RJ 1949/721, calificada como la sentencia creadora de la solución jurisprudencial.

aquél una unidad inseparable por no poderse hacer, como previenen los artículos 334 y 360 del Código Civil su división sin menoscabo, la accesión no se consuma con arreglo al principio inspirador del artículo antes citado y del 358, por falta de la base, necesaria para su aplicación, de que sean distintos los dueños del suelo y del edificio sobre él levantado .

CONSIDERANDO (6°). Que este problema, creado al excederse el edificante de los límites de su suelo propio, resuelto, con criterios diversos que buscan la equidad en sus soluciones positivas, en algunas legislaciones extranjeras, no lo está por preceptos expresos en el ordenamiento sustantivo español, ni por la jurisprudencia, aunque es de notar que la Sentencia de esta Sala de 30 de junio de 1923 dejó apuntada una inclinación favorable a la posibilidad de reconocer al edificante de buena fe el derecho a hacer suyo el suelo invadido por lo edificado con extralimitación mediante el pago de su precio; y ante esta falta de preceptos positivos exactamente aplicables, habrá la misma de ser suplida, cuando no lo está por la costumbre, por los principios generales de derecho, según lo exige en su párrafo segundo el artículo 6 del Código.

CONSIDERANDO (7°). Que de estos principios de derecho, el que, acogido bajo forma preceptiva en los artículos 350 y 358, atribuye al dueño de una superficie de terreno el dominio de lo que a él se incorpora, podría, al ser esto divisible, conducir a la solución de que el dueño de cada porción de terreno lo fuese de lo sobre la misma edificado, con la indemnización correspondiente al constructor de buena fe, mas no sería la misma admisible por injustificada cuando las dos porciones del suelo formasen, como en el caso sometido al presente recurso, con el edificio, un todo indivisible, no siéndolo tampoco la de establecer una copropiedad, o un derecho de superficie, que no son conciliables con el efecto de la accesión, que no consiente que la unidad que constituyen dos distintas cosas deje de pertenecer al solo propietario de una de ellas; y así hay que acudir como a raíz de los derechos que se derivan de la accesión y de las normas que positivamente la regulan al principio -ya antes considerado- de que lo accesorio cede a lo principal, y atribuir esta calidad al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe .

CONSIDERANDO (8°). Que de cuanto antecede ha de seguirse, por ser de aplicación normativa para resolver el caso debatido en el pleito, y que el presente recurso somete a esta Sala, que asiste al demandante -conforme al artículo 361 del Código Civil- el derecho de opción por el mismo ejercitado, de hacer suyas las obras y plantaciones realizadas en terreno exclusivamente suyo, previa indemnización al demandado, del modo que establecen los artículos 453 y 454 del mismo Código; y que por la notoriedad del mayor valor e importancia, que se han de reconocer, por sus condiciones y destino, al edificio construido, unido al suelo propio del edificante demandado, sobre la parte terreno ajeno invadido por la construcción, tiene aquel derecho a adquirir esta porción mediante el pago de su precio al demandante, por imponerlo así, además de lo con precedencia expuesto, una fundamental razón de equidad que al no estar contrariada por ningún precepto positivo permite presumir que quien como don Huberto M. S., del que trae su causa el demandante sin mayores derechos que los que a aquél correspondían y le transmitió, autorizó y facilitó indiscutiblemente que el demandado construyera en parte sobre terreno suyo un edificio tuvo en su voluntad la renuncia, ya que no del valor de su propio terreno de todo derecho sobre lo edificado, porque entendido de otro modo habría que atribuirle mala fe encaminada a conseguir un enriquecimiento injusto”.

En este caso, ante la presencia de una laguna legal para resolver el conflicto de la construcción extralimitada, la jurisprudencia ha optado por atribuir la propiedad del suelo al constructor extralimitado que haya actuado de buena fe, cumpliéndose los siguientes requisitos: a) que se solicite en el pleito; b) que la construcción se encuentre parcialmente asentada en terreno ajeno; c) que lo construido sobre el terreno ajeno constituya un todo indivisible con el terreno propio; d) que lo edificado tenga una importancia y valor superior a los del terreno invadido; y, e) que la invasión por parte del dueño del suelo colindante y a la vez edificante se efectúe de buena fe. Se acepta, aunque con algunas reticencias, que la buena fe por parte del constructor supone que éste desconoce la extralimitación que está realizando y que el propietario invadido

no se haya opuesto oportunamente a la invasión¹⁶⁸⁰.

De esta manera, la atribución del suelo al edificante de buena fe implica privar del dominio de aquel a su propietario, ante lo cual la jurisprudencia, dado el sacrificio sufrido por éste, ordena a cambio el pago de su precio –como lo resolvió la sentencia antes anotada– como también de una indemnización de perjuicios por los daños causados por la extralimitación –dispuesta por sentencias posteriores a partir de 1971¹⁶⁸¹–.

Podrá apreciarse que, en este caso, no obstante el sacrificio sufrido por el titular del suelo y la atribución patrimonial de éste otorgada al edificante de buena fe, considerado por la jurisprudencia como interés prevalente, se arbitra un conflicto similar al de los daños lícitos reparables: a) un comportamiento lícito o legitimado por el ordenamiento que causa un daño; b) un interés prevalente; c) un interés sacrificado.

Pues bien, sin embargo de existir esta coincidencia en los presupuestos antes anotados, la jurisprudencia ha ordenado el pago del precio del valor del terreno y de la indemnización de perjuicios por la extralimitación producida no en la aplicación analógica de los supuestos estudiados a propósito de los daños lícitos reparables, sino que en la equidad o en los artículos 1901 o 1902 CC¹⁶⁸².

Es decir, ante un conflicto de intereses similar al objeto de nuestro estudio, la jurisprudencia, en vez de integrar aquel supuesto con la consecuencia indemnizatoria de los daños lícitos reparables, aplica otras fuentes de Derecho

¹⁶⁸⁰ Cfr., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Artículos 353 y ss...*, cit., pp. 502 y 503; NÚÑEZ BOLUDA, M.D., *op. cit.*, p. 216; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III...*, cit., pp. 139 y 140.

¹⁶⁸¹ CERDEIRA la hace recaer en la STS de 26 de febrero de 1971 (RJ 1971/1044) (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “El artículo 361 CC y su diversa repercusión pecuniaria según se aplique a la accesión normal o a la invertida. Comentario a la STS de 12 de febrero de 2008”, en *RdP*, N°22 (2009), p. 446). DíEZ-PICAZO, por su parte, en la STS de 17 de julio de 1971 (DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. III...*, cit., p. 307). V. gr., SSTS de 15 de junio de 1981 (RJ 1981/2524), de 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9601) y de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/1842).

¹⁶⁸² Lo que puede verse en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *El artículo 361...*, cit., pp. 438 y ss.; LAUROBA LACASA, M.E., “Comentario a la STS de 12 de diciembre de 1995”, en *CCJC*, N°41 (1996), pp. 633 y ss.; CABALLERO LOZANO, J.M., “Comentario a la STS de 12 de febrero de 2008”, en *CCJC*, N°78 (2008), pp. 1411 y ss.

que permitan otorgarle fuente a la obligación respectiva. Lo que demuestra que éstos sólo tienen lugar en los eventos expresamente previstos por el legislador y no admiten su aplicación por analogía.

V.- PALABRAS FINALES

Podemos afirmar que las notas comunes que encontramos presentes en todas las hipótesis de daños lícitos reparables son la ausencia de la violación de un deber, la existencia de un daño y la necesidad de una compensación económica en favor del perjudicado o sacrificado. Ante el conflicto entre dos derechos, el ordenamiento jurídico considera a ciertos intereses dignos de prevalecer sobre otros, concediendo al titular del más débil un derecho sustitutivo de indemnización¹⁶⁸³. Aunque, más precisamente, la ley no reconoce prevalencia de un interés sacrificando absolutamente al contrario¹⁶⁸⁴, sino que pretende equilibrar la existencia de uno con la del otro¹⁶⁸⁵, puesto que ambos intereses son dignos de tutela para el ordenamiento.

La obligación indemnizatoria se configura como una obligación nacida de la ley y que no admite aplicación analógica. Dentro de la clasificación de las obligaciones legales forma parte de aquel grupo que la ley impone cuando concurren otros supuestos que, por no reunir características homogéneas, no han llegado a formar un supuesto típico, como los cuasicontratos o los ilícitos civiles, y que el artículo 1089 designa como que “nacén de la ley”¹⁶⁸⁶. Esta característica de falta de unidad también se aprecia en una de sus hipótesis, la accesión, en que no puede construirse una teoría general y unitaria de ella que sea válida para resolver la múltiple variedad de conflictos que se ven afectados por su regulación¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸³ CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 147; BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible...*, cit., p. 166; GIACOBBE, G., *op. cit.*, p. 102.

¹⁶⁸⁴ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁸⁵ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 161.

¹⁶⁸⁶ FERRANDIS VILELLA, J., *op. cit.*, p. 146.

¹⁶⁸⁷ ALONSO PÉREZ, M., *Artículos 353 y ss...*, cit., p. 199; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. III...*, cit., p. 281; CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, pp. 79 y ss.; BASOZABAL ARRUE, X., *op. cit.*, p. 268.

Esta particularidad impide establecer una categorización global del género de los daños lícitos reparables, pues las hipótesis en que se manifiesta son de la más variada índole y configuración. Así se ha expuesto en el ordenamiento italiano, en que la heterogeneidad de las hipótesis que la componen impide configurar una categoría unitaria¹⁶⁸⁸.

Por lo demás, estamos en presencia de una figura excepcional como hemos visto, que trae como nota distintiva el hecho de que la ley ha establecido expresamente una reparación como consecuencia del sacrificio del derecho ajeno. Por lo tanto, el factor de unión común de las diversas hipótesis que hemos analizado es la existencia en la estructura de la norma de una reparación o indemnización, generado por la opción legislativa. A eso es lo que debemos atender.

Lo anterior no obsta a que esta clase particular de daños sean considerados como una categoría autónoma, pues responden a una lógica distinta de los daños contractuales y extracontractuales. En efecto, el comportamiento dañoso ha sido autorizado por el ordenamiento y el daño causado ha sido permitido o tolerado por el sistema normativo, el cual, cuando la ley expresamente lo ha previsto, permite la reclamación de una “compensación” pero de determinadas partidas indemnización y no de todo el perjuicio sufrido. En este caso, la tutela del perjudicado sólo se manifiesta a través de la “indemnización” concedida, pues no puede oponerse a la realización de la conducta dañosa.

Es una categoría distinta de daños, pero reducida a los casos en que la ley las contemple expresamente, perteneciente al género de los denominados daños no antijurídicos, concepto que sirve para diferenciarlo de los daños antijurídicos. Y, así, con DÍEZ-PICAZO, podemos sostener que aquellos están constituidos por daños que el ordenamiento jurídico no repele, que algunas veces tolera y que incluso puede favorecer.

¹⁶⁸⁸ MOROZZO DELLA ROCCA, P., *op. cit.*, p. 416.

Recordemos que no todos los daños antijurídicos generan las mismas consecuencias. Así, los daños causados al amparo del legítimo ejercicio de un derecho o las molestias originadas en una típica relación de vecindad, no admiten reparación alguna. Otros, por expreso mandato legal, si la admiten, lo que ocurre genéricamente cuando el Derecho considera a cierto interés digno de prevalecer sobre otro, pero preocupándose de establecer una compensación al titular del interés sacrificado, como ocurre con los daños lícitos reparables.

Finalmente, hablamos de “reparación” y no de “indemnización”, dado el carácter genérico del primero¹⁶⁸⁹ y, además, porque tal concepto evidencia el contenido de la prestación a que tiene derecho el perjudicado en el segundo de los supuestos: una “compensación” para restablecer el equilibrio roto por el daño¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁹ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 8.

¹⁶⁹⁰ *Ídem*.

CONCLUSIONES

I

El daño jurídicamente relevante no se agota en el daño ilícito o antijurídico. Existen múltiples daños que no pertenecen a la órbita de la responsabilidad civil que imponen la obligación de ser soportados o tolerados. Son ciertos daños que emanan de acciones o conductas conformes a Derecho, caracterizados por la ausencia de transgresión a un deber jurídico y que toman el nombre de daños justos o lícitos. La reparación de los mismos no es una consecuencia necesaria de su producción, ya que, por regla general, no se reparan los daños si concurre una causal de justificación o si se ejercita un derecho, ya que el que usa su derecho no lesiona a nadie.

II

El daño en comento se califica de lícito no sólo porque la conducta generadora del mismo es lícita, sino, esencialmente, porque la posibilidad de la generación del daño está contenida dentro del ejercicio del comportamiento autorizado por el ordenamiento y que éste considera útil a la comunidad. Por lo tanto, no se pueden confundir las expresiones “actividad lícita” y “daño lícito”, ya que sería erróneo de imaginar que al momento en que la ley autoriza una actividad determinada ella lleva consigo la legítima posibilidad de causar cualquier clase de daños sin límite alguno. Dicho equivocado entendimiento implicaría desconocer que el ejercicio de los derechos está sujetos a ciertos límites, puesto que el poder de dañar permitido por la ley sólo existe en el marco de actividades para las cuales el reconocimiento de este derecho de perjudicar es necesario para su ejercicio.

III

El daño lícito se caracteriza por ser un daño permitido y tolerado por el ordenamiento. El sistema normativo, sea expresa, sea tácitamente, al autorizar el ejercicio de determinados derechos o facultades, acepta como posible la

causación de un daño, atendidas diversas razones de política legislativa. Normalmente se identifica con la existencia de una norma autorizante o permisiva que permiten la realización de un comportamiento dañoso, de tal modo que el daño realizado se cualifica como no antijurídico o simplemente justo. Esta norma autorizante va desde la más genérica que establece como límite al ejercicio de los derechos el no causar daño a los demás hasta aquellas previsiones expresas de la ley que autorizan a causar un daño legítimamente (v. *gr.*, el estado de necesidad o la legítima defensa).

IV

El daño lícito puede ser reparable o no reparable, es decir, puede o no traer aparejado una consecuencia “indemnizatoria”. En un ordenamiento jurídico que pertenece a un sistema económico-social fundado en la competencia y que permite e incentiva la realización de actividades que se demuestran estadísticamente productoras de importantes daños a los demás, existen numerosos perjuicios que no admiten indemnización alguna: se tratan de daños no reparables, ya que se enmarcan dentro del radio legítimo de acción del correspondiente ejercicio del derecho, al encontrarse justificada la conducta generadora de los mismos por el poder otorgado por el respectivo derecho subjetivo. Ello acontece porque en la constante tensión existente entre la protección de ciertos bienes jurídicos y la libertad de actuación que se reconoce a los sujetos, el ordenamiento ha privilegiado esta última cuando no ha traspasado el umbral que permita calificar a los daños causados como antijurídicos y, por ende, reprochables a título de responsabilidad civil.

V

Existen otros tipos de daños no reparables en que la causación de éstos es connatural al ejercicio del derecho, como lo son los perjuicios causados en el legítimo ejercicio del derecho de huelga. En este preciso caso se ha afirmado que la producción de daños pertenece a la esencia misma de la huelga, a tal punto que se ha sostenido que ella implica el derecho de causar un daño al

empresario, el cual debe soportarlo en la medida que se ejercite dentro de los límites que circunscriben este derecho. En el Derecho francés se habla de un verdadero “*droit a nuire*”, debido a que la posibilidad de ese daño se encuentra contenida en la actividad cuyo ejercicio se considera útil a la comunidad. Estos especiales ejercicios de derechos no amparan la producción de toda clase de daños, sino sólo aquellos consustanciales a tal ejercicio, ya que los daños infligidos por sobre el normalmente aceptable en tal condición dan derecho a su indemnización en esa parte. Por lo anterior, se distingue entre el daño admisible y el daño indemnizable, constituyendo el primero aquel perjuicio “típico” que se deriva de la puesta en marcha del respectivo derecho, sin que se llegue a causar un daño adicional injusto.

VI

Una situación similar se genera en aquellos casos en que determinadas exigencias de la vida diaria nos obligan a tolerar ciertos daños. Es lo que ocurre típicamente en las relaciones de vecindad, en que el mero contacto que inevitablemente trae aparejado la vida en relación genera una serie de disgustos que el Derecho sólo debe reprimir cuando su nivel de intolerancia requiera aplicar el principio *alterum non laedere*. La condición de vecino exige soportar continuas molestias e incomodidades, siempre y cuando ellas no se eleven por sobre los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria.

VII

Existe otra clase de daños, incluso deliberadamente queridos por su autor, que no admiten reparación: son aquellos causados con el consentimiento de la víctima. Conforme al principio *volenti non fit injuria*, quien consintió en sufrir los perjuicios que se le han causado, excluye, por tal razón, la obligación indemnizatoria de quién los originó.

VIII

El daño lícito reparable, por su parte, comprende a ciertos daños que emanan de acciones o conductas conformes a Derecho, caracterizados por la ausencia de transgresión a un deber jurídico y que traen aparejada una consecuencia “indemnizatoria”. Ante el conflicto entre dos derechos, el ordenamiento jurídico considera a ciertos intereses dignos de prevalecer sobre otros, concediendo al titular del más débil un derecho sustitutivo de “indemnización”: se autoriza el ejercicio del derecho que la legislación considera meritorio de mayor tutela y, como contrapartida, se concede una compensación económica al titular del interés afectado por dicha autorización. En otras palabras, no existe una conducta subjetiva ni objetivamente imputable y, no obstante, está expresamente prevista una obligación reparatoria.

IX

El fenómeno del daño lícito reparable ha sido tratado con más amplitud en el ámbito del Derecho público y, en especial, en el del Derecho administrativo, dada la mayor frecuencia de su ocurrencia. El supuesto típico está dado por todas aquellas situaciones en que debe repararse el daño causado a un particular por parte de la Administración, no obstante haber actuado en el ejercicio legítimo de una potestad pública. Se tratan de intromisiones autorizadas por ley, que si bien ocasionan un daño en el patrimonio del particular afectado, son consecuencias necesarias e inevitables de la actividad administrativa, sin las cuales ésta no se podría llevar a cabo.

El desarrollo dogmático de la institución se ha ido perfilando con la evolución de la indemnización de Derecho público, que comprende a aquellas indemnizaciones concedidas a un particular por las intervenciones inferidas a su patrimonio por la Administración conforme a Derecho; y, en especial, de la indemnización expropiatoria, que representa el caso más importante de las intromisiones públicas del Estado.

X

El tratamiento sistemático de los daños lícitos reparables sólo se ha realizado en el sistema italiano a través del análisis de los denominados “*atti leciti dannosi*”, que, para un importante sector doctrinario, constituye una hipótesis de responsabilidad civil, dado que ésta es principalmente una reacción al daño injusto, entendiendo por tal a aquél que se sustenta en la lesión de un interés tutelado por el ordenamiento, lo que incluso puede acontecer cuando el acto del cual emane sea lícito.

Lo anterior no significa que para los demás ordenamientos la institución en estudio sea absolutamente desconocida, sino que significa que sólo ha sido estudiada tangencialmente y sin ninguna pretensión de teorizar sobre la misma.

XI

Las hipótesis de daños lícitos reparables estudiadas se fundan en la existencia de una norma que ha autorizado la realización de las conductas potencialmente dañosas, sea expresamente, sea tácitamente.

En el caso de la autorización tácita, el ordenamiento no ha querido ni fomentado el resultado previsto por la norma, no obstante lo cual lo reconduce a una actuación lícita, ya que de otro modo sería contraria a Derecho. Así ocurre en el supuesto previsto en el artículo 360 CC, en que el propietario del suelo al edificar, plantar o sembrar con materiales ajenos comete un acto objetivamente ilícito, pues existe una apropiación de cosas ajenas; constituyendo un supuesto de intromisión por usurpación de cosa ajena en que, además, es el propio enriquecido quien ha provocado la atribución mediante una injerencia en asunto ajeno. En virtud de la norma permisiva o autorizante, el efecto de la actuación de buena fe del propietario del suelo evita la sanción correspondiente a un ilícito determinado, lo cual también ocurre en la adjunción (artículo 375 CC) y en la especificación (artículo 383 CC).

En estos casos que hemos denominado de “autorización tácita”, lo que subyace es la existencia de una regla de restitución del valor de las cosas ajenas, ya que lo que persigue es, principalmente, ser la vía de solución de un conflicto de intereses.

XII

Se constatan como notas comunes a los casos de daños lícitos reparables la ausencia de la violación de un deber, la existencia de un daño y la necesidad de una compensación económica en favor del perjudicado o sacrificado. En estos supuestos, la “indemnización” puesta de cargo del autor del daño no puede relacionarse con la violación de un deber de comportamiento, ya que las normas permisivas autorizan la realización del comportamiento dañoso y excluyen la antijuridicidad del mismo. Así, las normas autorizantes del hecho generador del daño excluyen, de una parte, la tutela implícita del *neminem laedere*, y, de otra, entregan el instrumento para la reparación del equilibrio turbado.

XIII

Los supuestos de daños lícitos reparables –al igual que los no reparables– pertenecen al género de los daños no antijurídicos y, por lo mismo, no constituyen una hipótesis de responsabilidad civil, ya que la “indemnización” concedida pretende garantizar no tan sólo la prevalencia del interés privilegiado por el ordenamiento, sino, más aún, compensar al sujeto del interés que por él ha resultado sacrificado. Y ello es así porque la obligación de indemnizar no nace de un acto ilícito, por lo que no se encuentra sometida al régimen común de responsabilidad civil por daño antijurídico. En el sistema italiano esta clase de daños dan origen a una *indennità*, que es el remedio reparatorio de los daños no antijurídicos, a diferencia del *risarcimento*, propio de la condena aquiliana.

XIV

Corroborando la no pertenencia al sistema de la responsabilidad civil, el hecho de que los daños lícitos reparables no dan lugar a la reparación integral del daño, pues los perjuicios que contempla la norma que dispone su respectivo pago no alcanzan a la totalidad de aquellos susceptibles de sufrir el perjudicado en su patrimonio. En efecto, no contempla al daño extrapatrimonial ni tampoco comprende al *id quod interest*, es decir, el interés que el perjudicado tenía en las cosas de que ha sido privado o perturbado o el valor que tengan precisamente para la persona perjudicada, o sea, la repercusión subjetiva en el patrimonio de la víctima y no el valor mismo de aquellas (*pretium singulare*); a diferencia de la *aestimatio rei*, que se refiere al *pretium commune* o valor que el objeto tiene para todos.

Entendemos que es así porque los daños a los que nos estamos refiriendo son aquellos calificados como daños no antijurídicos. Y la esencia de la prestación del *id quod interest* es la causación de un perjuicio, del daño injusto, antijurídico, imputable objetivamente a la falta de cumplimiento, cuando, además, tal incumplimiento es subjetivamente imputable al deudor.

XV

Atendido que el objeto principal de esta clase de “indemnizaciones” es restablecer el equilibrio patrimonial roto por la previsión normativa, resulta coherente concluir que el *quantum* de la reparación sólo comprende la *aestimatio rei* –total o parcialmente– pero nunca el *id quod interest*. Lo anterior permite confirmar la absoluta ajenidad de las reparaciones “indemnizatorias” en comento con las normas del Derecho de daños, ya que bien sabemos que el equivalente pecuniario o *aestimatio rei* es algo independiente del resarcimiento de daños.

XVI

Por lo anterior, utilizamos el término “reparación” y no “indemnización” para referirnos a los daños objeto de nuestro estudio, dado el carácter genérico del primero y, además, porque tal concepto evidencia el contenido de la prestación a que tiene derecho el perjudicado: una “compensación” para restablecer el equilibrio roto por el daño. Por lo demás, el necesario rigor técnico-jurídico obliga a reservar la expresión “indemnizar” para los supuestos de reparación de carácter sustitutivo-pecuniario, de manera que la indemnización no es sino una especie del género reparar: la indemnización (o su sinónimo resarcimiento) repara el daño por una vía muy concreta, que es la de establecer una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido¹⁶⁹¹. En este entendido, todo el que indemniza, repara (por equivalente); pero no todo el que repara indemniza, pues existen otras vías de reparación distintas al resarcimiento económico.

Esta necesaria precisión terminológica es necesaria para los efectos de nuestro estudio, pues en muchos casos se utiliza la expresión “indemnizar” para designar a las “compensaciones” que las leyes atribuyen a determinados sujetos, como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares. Estas compensaciones son las que llama DíEZ-PICAZO “indemnizaciones por sacrificio”, donde admite un uso amplio y equívoco de la palabra “indemnización”, pero en el entendido que aquellas son netamente distintas a las genuinas “indemnizaciones de daños”, propias de la responsabilidad civil.

XVII

Los daños lícitos reparables objeto de nuestro estudio encajan perfectamente en la conceptualización de “indemnizaciones por sacrificio” dada por DíEZ-PICAZO, pues la compensación dispuesta por la ley lo es como consecuencia de

¹⁶⁹¹ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 9.

la pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares. La obligación reparatoria que establece la ley lo es como consecuencia del sacrificio soportado por el dañado: la propiedad perdida o privada, el daño sufrido o la limitación impuesta.

Importa remarcar que el sacrificio no es optativo para el perjudicado o dañado, dado que no puede oponerse al comportamiento que produce o puede producir el resultado dañoso, desde que la ley no le ha otorgado la posibilidad de reaccionar frente a la conducta dañosa: sólo le ha otorgado el derecho a una “indemnización”. De allí que podamos hablar, precisamente, de “sacrificio impuesto”, pues no queda sujeta a la voluntad del afectado poder sustraerse al ejercicio del derecho, facultad o prerrogativa generadora de la pérdida, disminución o limitación de su derecho subjetivo.

XVIII

La idea fuerza que subyace bajo los daños lícitos reparables es mantener el equilibrio entre los intereses en conflicto, lo que se traduce en que se autoriza el ejercicio del derecho que la legislación considera meritorio de mayor tutela y, como contrapartida, se concede una compensación económica al titular del interés afectado por dicha autorización. Nótese que hablamos de mantener el equilibrio “entre los intereses” entendido en forma abstracta, no entre el “valor material” de lo ganado, por un lado, y de lo perdido, sacrificado o limitado por el otro. La “indemnización” se convierte en el instrumento adecuado para reparar el equilibrio turbado o restablecer el equilibrio patrimonial roto por la disposición normativa que autoriza el comportamiento dañoso o potencialmente dañoso.

XIX

El fundamento de la existencia de una obligación reparatoria por el daño causado, no obstante emanar de una conducta autorizada o legitimada por el ordenamiento, se encuentra en la equidad. La equidad, en cuanto valor que

asume idealmente todo ordenamiento para alcanzar la justicia en la elaboración de sus normas, se nos presenta como el fundamento que justifica el pago de una reparación económica como contraprestación de un sacrificio impuesto y que no puede ser repelido por su titular. El ordenamiento asume el desequilibrio impuesto al autorizar el ejercicio del derecho prevalente, pero estableciendo el mecanismo correctivo de aquél: una “indemnización”. Con lo cual se transforma en una norma de solución del singular conflicto de intereses que se presenta entre el derecho que se impone y el derecho que abdica, la cual, por razones de equidad, distribuye entre ambos las consecuencias negativas del evento lesivo, dado que ambos intereses son dignos de tutela para el ordenamiento jurídico.

XX

La fuente de la obligación reparatoria de los daños lícitos reparables la encontramos en la ley considerada en sentido estricto, es decir, como “supuesto legalmente reglamentado”, también conocida por la doctrina tradicional como obligaciones que nacen directamente de la ley u obligaciones *ex lege*.

El hecho de considerar a la compensación económica prevista para los daños lícitos reparables como un “supuesto legalmente reglamentado”, obedece a la idea de que el legislador, al contemplar una “indemnización”, lo que hizo fue demarcar el contenido del respectivo derecho, asignándole una consecuencia por el mero hecho de su ejercicio, en algunos casos, o por el perjuicio causado, en otros, como mecanismo de equilibrio de los intereses en juego. Es decir, la indemnización dispuesta por la ley constituye una opción legislativa que, frente al sacrificio del derecho de uno de los titulares de los intereses en conflicto, estimó como necesaria la distribución de las consecuencias negativas del evento dañoso o desventajoso, atendido que ambos intereses son dignos de protección para el ordenamiento jurídico.

XXI

La consecuencia reparatoria prevista en las hipótesis de daños lícitos reparables no admiten su aplicación analógica a otros supuestos en que tal efecto no se haya dispuesto legislativamente. La reacción indemnizatoria contemplada en la norma lo ha sido como consecuencia de una opción legislativa que, al momento de solucionar este singular conflicto de intereses, ha autorizado, por un lado, el ejercicio de un derecho o una facultad y, por otro, ha concedido una compensación económica a favor del titular del interés sacrificado. Es decir, el Poder Legislativo, al establecer el contenido de los respectivos derechos, ha establecido una forma especial de solución del respectivo conflicto, autorizando un determinado comportamiento dañoso a cambio de una “indemnización”. Esta función demarcatoria constituye un ejercicio previo a la convivencia social, de donde surge que es el legislador el único Poder del Estado que, mediante la dotación del contenido de las respectivas normas, permite lograr la debida compatibilidad entre los titulares de intereses opuestos y, con ello, construir una ordenada convivencia, sea disponiendo la preeminencia de un interés sobre otro, sea restringiendo el contenido de ambos.

XXII

Su no aplicación analógica queda de manifiesto por la sencilla razón de que si el legislador no hubiere otorgado “indemnización” alguna para arbitrar este singular conflicto de intereses, dicha obligación no habría nacido por carecer de fuente, puesto que quien ejercita legítimamente un derecho y causa un daño no contrae ninguna responsabilidad civil respecto de la persona del dañado; máxime si el comportamiento generador del hecho dañoso es lícito, puesto que ha sido autorizado o legitimado por el ordenamiento. Más aún, de no haberse concedido indemnización alguna, el titular del interés sacrificado podría haber evitado el sacrificio del mismo ejerciendo la legítima defensa de su derecho, en atención a que existiría una “agresión ilegítima”.

Asimismo, porque las normas que la contemplan constituyen leyes de carácter excepcional que no admiten aplicación analógica. Y, finalmente, porque no existe un principio general de reparación de acto lícito, por lo que sólo procede una “indemnización” existiendo una ley expresa que la contemple.

XXIII

En todos los casos estudiados, no se puede negar la existencia de un daño en sentido jurídico, ya que cuando un interés se lesiona se realiza un perjuicio, un daño; y si este daño, procediendo de una causa extraña al sujeto que lo sufre, produce una reacción jurídica a favor de este mismo sujeto, es porque evidentemente se trata de un daño en sentido jurídico, con independencia de su antijuridicidad o ilicitud.

Todos los casos estudiados generan un sacrificio, una desventaja o una pérdida en el patrimonio del dañado. Siguiendo el concepto de daño de la teoría diferencial de MOMMSEM, ciertamente los supuestos estudiados encajan en los presupuestos de la misma, desde que, acontecido el hecho generador del daño, el patrimonio del perjudicado ha disminuido su valor, sea porque se le ha privado de una cosa, sea porque se agredió aquél, sea porque se afectó la exclusividad de su derecho de goce sobre la misma.

BIBLIOGRAFÍA

1. AHUMADA RUIZ, M.A., “Responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, en *REDC*, N°62 (2001).
2. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, volumen primero, sexta edición revisada por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, Bosch, Barcelona, 1989.
3. ALLARA, M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, quinta edición, volumen I, Giappichelli Editore, Torino, 1958.
4. ALESSI, R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, vol. I., Giuffrè Editore, Milano, 1939.

** Voz “La responsabilità da atti legittimi”, en *Novissimo Digesto Italiano* (dirigidos por Antonio Azara y Ernesto Eula), tomo XV, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1968.
5. ALONSO GARCÍA, M.C., “La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales”, en *RAP*, N°157 (2002).

** *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
6. ALONSO GARCÍA, M.C y LEIVA RAMÍREZ, E., “La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (Colombia), vol. 13, N°2 (2011).
7. ALONSO PÉREZ, M., “Las relaciones de vecindad”, en *ADC* 1983.

** “La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas”, en *AC*, N°22 (1994).

** “La responsabilidad precontractual”, en *RCDI*, N°485 (1971).

** “Artículos 353 y ss.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), tomo V, volumen 1°, Edersa, Madrid, 1980.
8. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Responsabilidad por daños derivados de actos legislativos”, en *RPDD*, N°108/109 (2012), La Ley 16477/2012, disponible en www.laleydigital.es (visita 30 julio 2014).
9. ÁLVAREZ BARBEITO, P., “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del Derecho comunitario”, en *AFDUDC*, N°8 (2004).

10. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, tercera edición, Editorial Comares, Granada, 1993.
11. AMAT LLARI, M.E., “La regulación de las inmisiones en el CC”, en *Centenario del Código Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
12. AMAYA RICO, V., “El deber médico de información: un derecho humano fundamental”, en *DLL*, N°5456 (2002), La Ley 2002/2002, disponible en www.laleydigital.es (visita 06 septiembre 2011).
13. ASÚA GONZÁLEZ, C., “Artículo 43”, en *Comentarios al Código Civil* (coordinador JOAQUÍN RAMS ALBESA y coordinadora adjunta ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2000.
14. ATAZ LÓPEZ, J., “Artículo 3”, en *Comentarios al Código Civil* (director RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

 ** “Artículo 4”, en *Comentarios al Código Civil* (director RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

 ** “Artículo 1254”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), segunda edición, tomo XVII, volumen 1ªA, Edersa, Madrid, 1995, VLEX 262371, disponible en www.vlex.com (visita 23 julio 2015).
15. AULETTA, G.G., “Artículo 2582” en *Commentario del Codice Civil. Libro Quinto. Del lavoro* (a cargo de ANTONIO SCIALOJA y GIUSEPPE BRANCA), Zanichelli Editore–Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1954.
16. AYMERICH RENTERÍA, R., “La especificación en el Código civil”, en *ADC*, volumen 40, N°4 (1987).
17. BADOSA COLL, F., “Artículos 42 y 43” en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 1984.
18. BAÑO LEÓN, J.M., “Aproximación al régimen jurídico de la expropiación forzosa en Francia, Italia y Alemania”, en *DA*, N°221 (1990).
19. BARNÉS, J., “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.
20. BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

 ** “Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”, en BARROS BOURIE, GARCÍA RUBIO y MORALES MORENO: *Derecho de Daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

21. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
22. BATTLE VÁZQUEZ, M., “Artículo 3”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), tomo I, Edersa, Madrid, 1978.
23. BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B., “El abuso en el ejercicio del derecho de huelga y la responsabilidad del Comité de Empresa por los daños ocasionados (Comentario a la sentencia N°203/1996, de 26 de abril, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid. Magistrado Ponente: E. Palomo Balda)”, en *AL*, N°5 (1997).
24. BELLO JANEIRO, D., “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *RPDD*, N°37 (2006), La Ley 517/2006, disponible en www.laleydigital.es (visita 04 agosto 2012).
25. BENAVENT, A., *Droit Civil. La famille*, troisième édition, Litec, Paris, 1988.
26. BERBEROFF AYUDA, D. y SOSPEDRA NAVA, F.J., *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, vol. II, Consejo General del Poder Judicial – Fundación Wellington, Madrid, 2006
27. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
 - ** “Artículo 43”, en *Comentarios al Código Civil* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 2001.
 - ** “Artículo 353 y ss.”, en *Comentarios al Código Civil* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 2001.
 - ** “Artículo 612”, en *Comentarios al Código Civil* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 2001.
28. BESSONE, M., *Casi e questioni di diritto privato. Atto illecito e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 2000.
29. BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones* (traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos), tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
30. BIANCA, M., *Diritto Civile. V. La responsabilità*, Giuffrè Editore, Milán, 1994.
31. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI Y NATOLI, *Diritto Civile, 3, Obbligazioni e Contratti*, Utet, Torino, 1995 (ristampa).

32. BIONDI, B., *Las servidumbres* (con extensas anotaciones de Derecho español común y foral por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS), Edersa, Madrid, 1978.
 33. BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, en *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinador EUGENIO LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2006.
 34. BLASCO GASCÓ, F., “Artículo 22. Obras de Mejora”, en *Arrendamientos urbanos. Comentarios, jurisprudencias y formularios* (coordinador FRANCISCO BLASCO GASCÓ), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
 35. BON, P., “El estatuto constitucional del derecho de propiedad”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.
 36. BONET BONET, F., “Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo”, en *RGLJ*, tomo LXIII (1971).
 37. BONET CORREA, J., “El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias”, en *ADC*, tomo XXXI (1978).
 38. BONET RAMÓN, F., “Fuentes de las obligaciones”, en *RDN*, N°LV (1967).
 39. BOTANA GARCÍA, G.A., “Reclamación de indemnización por lesiones y secuelas padecidas tras sufrir una agresión”, en *RPDD*, N°63 (2008), La Ley 39074/2008, disponible en www.laleydigital.es (visita 18 octubre 2010).
 40. BRANCA, G., “Servitù prediale”, en *Comentario del Codice Civile* (a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA), sexta edición, Zanichelli Editore y Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1987.
 41. BRIGUGLIO, M., *El estado de necesidad en el Derecho Civil*, traducción y notas de Derecho español por MANUEL GARCÍA AMIGO, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.
 42. BUONAURO, C., *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.
 43. BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.
- ** “La antijuridicidad”, en *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual* (director JOSÉ MARÍA PENA LÓPEZ), Cálamo, Barcelona, 2004.
- ** “Comentario a STS de 14 de junio de 1996”, en *CCJC*, N°42, septiembre/diciembre 1996.

** “La indemnización debida por los daños causados en estado de necesidad”, en *RDP*, junio de 1997.

** “Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de incumplimiento de la promesa de matrimonio”, en *RDP*, abril de 1998.

** “Artículos 549 a 570” en *Comentarios al Código Civil* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 2001.

44. BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F., “Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual”, en *AFDUDC*, 1997.

45. BUSTOS PUECHE, J., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual”, en *DLL*, N°6091 (22 septiembre 2004), La Ley 2028/2004, disponible en www.laleydigital.es (visita 02 febrero 2008).

46. CABALLERO LOZANO, J.M., “Comentario a la STS de 12 de febrero de 2008”, en *CCJC*, N°78 (2008).

47. CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 14”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1989.

48. CALDERÓN GONZÁLEZ, J.M., “La responsabilidad patrimonial del Estado en los supuestos de contradicción con el Derecho Comunitario. Presupuestos de su aplicación”, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, N°9 (2013), BIB 2013/917, disponible en www.aranzadidigital.es (visita 09 septiembre 2014).

49. CALLEJO CARRIÓN, S., “El derecho al honor: actualidad y crisis del concepto”, en *AC*, N°14 (2005), La Ley 1479/2005, disponible en www.laleydigital.es (visita 26 mayo 2010).

** “El derecho al honor a la vista de las últimas sentencias del Tribunal Supremo: estado de la cuestión”, en *AC*, N°9 (2010), La Ley 2436/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 26 mayo 2010).

50. CANCIO FERNÁNDEZ, R., “La responsabilidad de la organización sindical por el ejercicio del derecho de huelga”, en *AL*, N°25 (2002), La Ley 2150/2002, disponible en www.laleydigital.es (visita 02 noviembre 2009).

51. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La equidad en el Derecho privado*, J.M. Bosch Editor, 2009.

52. CAPACCIOLI, E., “Sulla natura dell’indennità di espropriazione per pubblica utilità”, en *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1953.

53. CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1986.

54. CARRIÓN OLMOS, S., “Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños”, en *Daños en el Derecho de familia* (coordinador JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
55. CARTEI, G.F., “La propiedad en la Constitución italiana”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.
56. CASADO ANDRÉS, B., *Daños causados a espectadores y terceros con ocasión de la práctica deportiva*, Universidad de Salamanca, 2014, en http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125518/1/DDP_CasadoAndr%C3%A9s_Espectador.pdf (visita 08 septiembre 2015).
57. CASSETTA, E., *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli Editore, Torino, 1953.
58. CASIELLO, J.J., “Atipicidad del ilícito civil”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (directores ALBERTO BUERES Y AÍDA KEMELMAJER), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
59. CASAS, R., “La protección de los artistas plásticos en el Derecho español”, en *Primer Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual*, tomo I, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1992.
60. CASTÁN TOBEÑAS, J., “Prólogo” a la obra de NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.
61. CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987.
62. CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1992.
63. CEINOS SUÁREZ, A., “Los efectos de la huelga: criterios jurisprudenciales”, en *AL* (2000), La Ley 3075/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 02 noviembre 2009).
64. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “El automatismo en la accesión inmobiliaria”, en *RCDI*, N°729 (2012).
- ** “El artículo 361 CC y su diversa repercusión pecuniaria según se aplique a la accesión normal o a la invertida. Comentario a la STS de 12 de febrero de 2008”, en *RdP*, N°22 (2009).
65. CESARINI SFORZA, W., “Risarcimento e sanzione”, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1940.
66. CHECA GONZÁLEZ, C., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos”, en *RJA*,

Nº15 (2003), BIB 2003/1014, disponible en www.westlaw.es (visita 05 septiembre 2012).

** “La responsabilidad patrimonial de la administración pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, en *Revista Ius et Praxis*, año 10, Nº1 (2004).

67. COLIN, A. Y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil* (traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre Derecho civil español por DEMÓFILO DE BUEN), tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1924.

68. CONTRERAS, L.M., *Ley de arrendamientos urbanos*, Bosch, Barcelona, 2004.

69. CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, segunda edición actualizada, Legal Publishing – Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.

70. CORBAL FERNÁNDEZ, J., “Artículo 562”, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), tomo 3, Bosch, Barcelona, 2000.

71. CRISTÓBAL MONTES, A., “La costumbre, la jurisprudencia y la equidad en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español”, en *RGLJ*, tomo LXXV (1977).

72. CUCHI DENIA, J., “La libertad de información versus el derecho al honor. ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera?”, en *RGD*, 1996.

73. DE AHUMADA RAMOS, F., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 2ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

74. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, U. Deusto – Civitas, Madrid, 1993.

** “Artículo 1902”, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2000.

** Voz “Abuso del derecho (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995.

** “Una nueva forma de inmisión: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es”, en *AC*, Nº40 (2001), La Ley 2372/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 20 abril 2011).

** “La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 CC”, en *DLL*, 1985, La Ley 20126/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 12 marzo 2015).

75. DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975.
76. DE DIEGO, F.C., *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, Derecho de obligaciones, Preciados, Madrid, 1926.
77. DE JUAN CASEDEVALL, J., “La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por infracción del Derecho de la Unión en materia tributaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010”, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, N°9 (2011), BIB 2011/548, disponible en www.aranzadidigital.es (visita 09 septiembre 2014).
78. DE LA CUESTA RUTE, J.M. Y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E., “La acertada noción de competencia desleal en la sentencia de 13 de marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Burgos”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 5 (2009), La Ley 13056/2009, disponible en www.laleydigital.es (visita 22 octubre 2009).
79. DE LA PLAZA, M., “Construcciones sobre suelo ajeno”, en *RDP*, tomo XXXI (1947).
80. DE LA TORRE OLID, F., “Derecho y deporte. Particular referencia a los accidentes deportivos. Responsabilidad civil y riesgos en el deporte”, en *RJD*, N°24 (2008), BIB 2008/2175, disponible en www.westlaw.es (visita 05 enero 2010).
81. DE LIÑÁN Y HEREDIA, N.J., “La abeja en el Derecho”, en *RCDI*, 1926.
82. DE LORENZO, M., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
83. DE LA VEGA GARCÍA, F., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor*, Civitas, Madrid, 2001.
84. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Un estudio de la promesa de matrimonio en el Derecho francés, desde Pothier hasta nuestros días”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°10 (2008).
85. DEL ARCO TORRES, M.A. Y PONS GONZÁLEZ, M., *Régimen jurídico de las servidumbres*, Editorial Comares, Granada, 1994.
86. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Artículo 43”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil* (coordinador JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO), segunda edición, Civitas, Madrid, 1994.

87. DESBOIS, H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978.
88. DÍAZ ALABART, S., "Artículo 1103", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989, VLEX-228058, disponible en www.vlex.com (visita 03 mayo 2015).
89. DÍAZ MARTÍNEZ, ANA, "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral", en *Ar. Civ. Merc.*, N°5 (2011), BIB 2011/1116, disponible en www.westlaw.es (visita 06 septiembre 2011).
90. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., "Relevancia jurídico-penal del conflicto entre honor y libertades de expresión e información", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 19/2005, BIB 2005/2682, disponible en www.westlaw.es (visita 26 mayo 2010).
91. DIEZ BALLESTEROS, J.A., "La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (un estudio jurisprudencial)", en *AC*, N°37 (2000), La Ley 1930/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 06 enero 2010).
92. DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, segunda edición, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- ** "La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión", en *RCDI*, N°455 (1966).
- ** "El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus relaciones recíprocas", en *DJ*, N°2 (1974).
- ** "La responsabilidad civil hoy", en *ADC*, 1979.
- ** "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en DE LA CÁMARA Y DÍEZ-PICAZO: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988.
- ** *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- ** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Introducción. Teoría del contrato*, sexta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- ** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, quinta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

- ** *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II. Las relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.
- ** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol.VI. Derechos reales*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- ** “De nuevo sobre la codificación (del Código Civil a la Constitución)”, en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001.
- ** “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- ** *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, tercera edición corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1993.
93. DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Derecho de familia, décima edición, Tecnos, Madrid, 2006.
- ** *Instituciones de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1995.
94. DOMÉNECH PASCUAL, G., “Justificación de las indemnizaciones por sacrificio impuestos en la lucha contra epizootias y plagas”, en *InDret*, N°4/2011, disponible en www.indret.com (visita 12 marzo 2015).
95. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., “Los límites al principio de reparación integral”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°15 (2010).
96. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*, segunda edición, Lex Nova, Valladolid, 2007.
97. D’ORS, A. *et al*, *El Digesto de Justiniano*, tomo III, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975.
98. DUNNI, G., *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffré, Milano, 1968.
99. EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado. BGB*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 1998.
100. ENNECCERUS, KIPP, WOLF Y NIPPERDEY, *Derecho Civil (parte general)* (traducción de la trigésimo novena edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ Y JOSÉ ALGUER), tomo I, volumen II, Bosch, Barcelona, 1935.
101. ENNECCERUS, L., *Derecho Civil. Parte general. Volumen II* (traducción de la trigésimo novena edición alemana con estudios de comparación y

adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER), segunda edición al cuidado de JOSÉ PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1950.

102. ESPÍN ALBA, I., Comentario a sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de julio de 1995, en *RDP* (1996).
 103. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*, trad. a cargo de la REDPEC y coordinada por MIQUEL MARTIN CASALS, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
 104. FALCÓN Y TELLA, M.J., *Equidad, Derecho y justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- ** *El argumento analógico en el Derecho*, Civitas, Madrid, 1991.
105. FALCÓN Y TELLA, R., “La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del ordenamiento comunitario: la STJ 26 enero 2010 (Asunto Transportes Urbanos) y sus consecuencias”, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, Nº4 (2010), BIB 2010/175, disponible en www.aranzadidigital.es (visita 09 septiembre 2014).
 106. FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A., “La protección penal o civil del honor”, en *DLL*, Nº6744 (2007) La Ley 2356/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 26 mayo 2010).
 107. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., “Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar. Notas sobre su naturaleza jurídica”, en *ADC*, 1965.
 108. FERRANDIS VILELLA, J., “Una revisión crítica de las fuentes de las obligaciones”, en *ADC*, tomo XI, fascículo I (1958),
 109. FERRANDO GARCÍA, F., *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
 110. FIGUEROA YAÑEZ, G., *Curso de Derecho Civil*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.
 111. FIKENTSCHER, W., *Schuldrecht*, 4, Auflage, de Gruyter, Berlín–New York, 1973.
 112. FISCHER, H., *Los daños civiles y su reparación*, traducción del alemán con concordancias y un apéndice sobre el Derecho español por W. ROCES, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928.
 113. FÍNEZ, J.M., “Artículo 22”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (director FERNANDO PANTALEÓN PRIETO), Civitas, Madrid, 1995.

114. FLEINER, F., *Instituciones de Derecho administrativo*, traducción de la octava edición alemana por SABINO A. GENDIN, Editorial Labor S.A., Barcelona – Madrid – Buenos Aires, 1933, p. 235.
115. FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
116. FRANZONI, M., “Dei fatti illeciti”, en *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, (a cura di FRANCESCO GALGANO), Zanichelli Editore y Soc. Ed. del Foro Italiano, Bolonia – Roma, 1993.
- ** *Danno ingiusto e danno risarcibile nella responsabilità civile*, en www.aci.it/fileadmin/documenti/studi_e_ricerche/monografie_ricerche/franzoni.pdf, visita 05 marzo 2008.
117. FUENTES GUÍÑEZ, R., *La extensión del daño contractual*, La Ley, Madrid, 2009.
118. FUENZALIDA PUELMA, E., *Integración de las lagunas jurídicas en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973.
119. FUERTES LÓPEZ, M., “Artículo 36. La indemnización expropiatoria o justo precio”, en *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa* (Director-Coordinador FRANCISCO SOSA WAGNER), segunda edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
120. FUEYO LANERI, F., “Interpretación e integración de la norma en contra de su literalidad por los tribunales de justicia”, en *VVAA: Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
121. GALÁN VIOQUE, R., “De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador”, en *RAP*, N°155 (2001).
122. GALGANO, F., “Le mobili frontiere del danno ingiusto”, en *Contratto e impresa*, Cedam, Padova, 1985.
123. GANGI, C., *Derecho matrimonial* (traducción del italiano de MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ), Aguilar, Madrid, 1960.
124. GARCÍA AMIGO, M., “Traducción y notas de Derecho español” a la obra de BRIGUGLIO, M., *El estado de necesidad en el Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.
125. GARCÍA CANTERO, G., “Artículos 42 a 107”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), tomo II, segunda edición, Edersa, Madrid, 1982.
126. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, en *ADC* 1955.

** *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, reedición, Civitas, Madrid, 1984.

** “Prólogo” a la obra de MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

** El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *REDC*, Nº67 (2003).

** El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *RAP*, Nº159 (2002).

** “La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el Derecho comparado”, en *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (coordinadores ALFREDO ARISMENDI A. Y JESÚS CABALLERO O.), Civitas, Madrid, 2003.

** “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional”, en *RAP*, Nº166 (2005).

127. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, segunda edición, Civitas, Madrid, 1981.

128. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo I, Editorial Base, Barcelona, 1973.

129. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “El alcance constitucional del derecho de huelga”, en *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer* (coordinadores MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, JESÚS CRUZ VILLALÓN Y FEDERICO DURÁN LÓPEZ), La Ley 5431/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 02 noviembre 2009).

130. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad (un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil)*, Dykinson, Madrid, 2006.

131. GARCÍA RUBIO, M.P., “Comentario STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003/645)”, en *CCJC*, Nº63, octubre/diciembre 2003.

** “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad médica”, en *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinador EUGENIO LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2006, pág. 801 – 827.

** “Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996”, en *CCJC*, N°43 (1997)

132. GARCÍA VARELA, R., “Artículo 43”, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2000.

133. GARRIDO FALLA, F., “La teoría de la indemnización en Derecho público”, en *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1952, pp. 411 y 443.

** “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, en *REDA*, N°94 (1997).

** *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, octava edición, Tecnos, Madrid, 1988.

** “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”, en *RAP*, N°118 (1989).

** “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *RAP*, N°119 (1989).

134. GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2006.

135. GARRIDO PALMA, V.M., “¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie”, en *RDN*, N°LXIII (1969).

136. GHERSI, C., “Responsabilidad por actos lícitos”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (directores ALBERTO BUERES Y AÍDA KEMELMAJER), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

137. GIORGI, G., *Teoría de las obligaciones* (traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una introducción del Excmo. Sr. D. EDUARDO DATO IRADIER), volumen V, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1911.

138. GONZÁLEZ BOTIJA, F., “Los principios de la jurisprudencia comunitaria y su influencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del Estado legislador”, en *RDCE*, N°6 (1999).

139. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cuarta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

** “Artículo 46”, en GONZÁLEZ PÉREZ, J., TOLEDO JÁUDENES, J. y ARRIETA ÁLVAREZ, C., *Comentarios a la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid, 1987.

140. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “Notas de Derecho español a la obra de B. Biondi”, en *Las servidumbres* (con extensas anotaciones de Derecho español común y foral, por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS), Edersa, Madrid, 1978.
141. GOÑI SEIN, J.L., “La responsabilidad civil del sindicato por huelga”, en *REDT*, N°43 (1990).
- ** “Límites al resarcimiento de daños causados por la huelga”, en *DLL* 1991, La Ley 18003/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 02 noviembre 2009).
142. GRIMALT SERVERA, P., “Comentario a sentencia de 30 de marzo de 2001”, en *CCJC*, N°57 (2001).
- ** “Comentario a STS de 31 de diciembre de 2002”, en *CCJC*, N°61, enero/marzo 2003.
143. GUALANDI, A., *Spese e danni nel processo civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
144. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F., “Libertad de información y derechos de la personalidad”, en *Justicia*, 88.
145. GUZMÁN BRITO, A., “La buena fe en el Código Civil de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29 N°1 (2002), pág. 11 – 23.
146. HERNÁNDEZ ARRANZ, M., “Artículos 564 a 570”, *Comentarios al Código Civil* (coordinador JOAQUÍN RAMS ALBESA y coordinadora adjunta ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ), III, Bosch, Barcelona, 2001.
147. HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid, 1983.
148. HUBMANN, H., “Der burgerlichrechtliche Aufopferungsanspruch”, en *Juristenzeitung*, N°16 (1958).
149. ILLESCAS ORTIZ, R., “Derecho de la competencia: la competencia leal”, en *Derecho Mercantil* (coordinador GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ), undécima edición, Ariel, Barcelona, 2006.
150. IZQUIERDO MARTÍN, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil”, en *Responsabilidad Civil ex delicto* (director JULIO MÁRQUEZ DE PRADO), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
151. JARAMILLO JARAMILLO, C.I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, La Ley, Madrid, 2014.

152. JEMOLO, A.C., *El matrimonio* (traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO Y MARINO AYERRA REDIN), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
153. JIMÉNEZ LINARES, M.J., “Comentario a sentencia de 20 de julio de 2005 (RJ 2005/5850)”, en *CCJC*, N°71 (2006).
154. JOSSERAND, L., *Derecho Civil* (traducción de SANTIAGO CUCHILLOS Y MANTEROLA), tomo II, volumen I, Ediciones Jurídicas Europa América – Bosch, Buenos Aires, 1950.
155. KAHL, W., “La conservación del medio ambiente y el derecho de propiedad en Alemania”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.
156. KARILA DE VAN, J., “Le droit de nuire”, en *RTDC*, 1995.
157. KIMMINICH, O., “La propiedad en la Constitución alemana”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.
158. KIPP, T. Y WOLFF, M., “Derecho de Familia. Volumen I, El matrimonio”, segunda edición, traducción de la vigésima edición alemana (sexta revisión) con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por JOSÉ PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, en ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, cuarto tomo, Derecho de Familia I, Bosch, Barcelona, 1953.
159. LACRUZ BERDEJO, J.L., “Notas sobre el enriquecimiento sin causa”, en *RCDI*, tomo XLII (1969).
160. LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales. I. Posesión y propiedad*, segunda edición revisada y puesta al día por AGUSTÍN LUNA SERRANO, Dykinson, Madrid, 2003.
- ** *Elementos de Derecho Civil I. Parte general. III. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, tercera edición revisada y puesta al día por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 2005.
- ** *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, tercera edición revisada y puesta al día por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 2005.
161. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de familia*, reimpresión actualizada, Bosch, Barcelona, 1984.
162. LAHERA FORTEZA, J., “El abuso del derecho en la huelga intermitente (Comentario a la STS 4ª de 17 de diciembre de 1999)”, en *AL*, N°19 (2000), La Ley 6318/2002, disponible en www.laleydigital.es (visita 10 noviembre 2009).

163. LAMARCA I MARQUÉS, A., “Accidentes de esquí. Guía de jurisprudencia. Segunda edición”, en *InDret*, 1/2004, disponible en www.indret.com (visita 15 enero 2010).
164. LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, tomo II, versión española de JAIME SANTOS BRIZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
165. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.
- ** *Principios de Derecho Civil. IV. Derecho de familia*, décima edición, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- ** *Principios de Derecho Civil. IV. Propiedad y derechos reales de goce*, séptima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.
- ** *Principios de Derecho Civil. IV. Propiedad y derechos reales de goce*, décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.
166. LATOUR BROTONS, J., “La construcción extralimitada”, en *RDP*, tomo L (1966).
167. LAUROBA LACASA, M.E., “Comentario a la STS de 12 de diciembre de 1995”, en *CCJC*, N°41 (1996).
168. LAZARI, A., “Eppur si muove: Galileo, i iudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario”, en *Danno e responsabilità*, N°5 (1998).
169. LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1983.
170. LEHMANN, H., *Parte general. I*, traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español de JOSÉ M. NAVAS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
171. LEÓN-CASTRO, J. y DE COSSIO, M., *Arrendamientos urbanos*, Editorial Comares, Granada, 1995.
172. LEÓN GONZÁLEZ, J.M., “De nuevo sobre el artículo 1107 CC: los daños previstos o previsibles”, en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, La Ley 13393/2009, disponible en www.laleydigital.es (visita 07 julio 2015).
173. LETE ACHIRICA, J., “Colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y a la intimidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 31 de diciembre de 1996”, en *RDP*, 1998.

174. LETE DEL RÍO, J.M., "Artículo 22. Obras de mejora", en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dirigidos por XAVIER O'CALLAGHAN), Edersa, Madrid, 1995.
175. LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.
- ** *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1999.
- ** "Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.
- ** "El daño moral derivado del ruido", en *RPDD*, N°37 (2006), La Ley 516/2006, disponible en www.laleydigital.es (visita 20 abril 2011).
- ** "Validez (*contra legem*) del consentimiento informado en forma verbal", en *RPDD*, N°73 (2009), La Ley 13206/2009, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 agosto 2011).
- ** "Formas de reparación del daño (I)", en *RPDD*, N°80 (2010), La Ley 183/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 01 junio 2012).
176. LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO A., "Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido", en *AC*, N°44 (1998).
177. LÓPEZ, J., "Un aspecto del artículo 568 del Código civil español: el reintegro de lo recibido por indemnización", en *ADC*, 1959.
178. LÓPEZ CABANA, R., "Illicitud", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (directores ALBERTO BUERES Y AÍDA KEMELMAJER), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
179. LÓPEZ MENUDO, F., CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT REINA, E., *La expropiación forzosa*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
180. LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho Civil común español*, Publicaciones de la U. de Murcia, Murcia, 1962.
181. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., "Aspectos constitucionales de la propiedad privada y de la expropiación forzosa", en *Estudios de Deusto*, Enero-Junio 2003.
182. LUNA SERRANO, A., "La contracción del matrimonio", en LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*, *El nuevo régimen de la familia. I. La transformación del Derecho de Familia y la formación del jurista. Matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982.

** “Artículo 1090”, en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991

183. LUQUE JIMÉNEZ, M., *Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

184. MACERA, B-F, “La responsabilidad estatal por violación del ordenamiento comunitario: últimos pronunciamientos del TJCE”, en *RAP*, Nº149 (1999)

185. MACÍAS CASTILLO, A., *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, 2004.

** “Competencia desleal: actos de carácter desleal. Análisis de la STS de 08 de octubre de 2007”, en *AC*, 3/2008, La Ley 7061/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 22 octubre 2009).

** “Derecho al honor y libertad de expresión e información”, en *AC*, Nº18 (2006).

** “Derecho a la intimidad y libertad de expresión e información”, en *RPDD*, Nº47, marzo 2007, La Ley 1064/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 26 mayo 2010).

** “Consentimiento informado en los actos médicos: distinción entre previsibilidad y frecuencia. Análisis de la STS de 30 de junio de 2009”, en *AC*, Nº20 (2009), La Ley 19970/2009, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 agosto 2011).

186. MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, tomo III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1893.

** *Comentarios al Código Civil español*, tomo IV, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1895.

187. MARIENHOFF, M., “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992.

188. MARÍN CASTÁN, F., “Artículo 612”, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2000.

189. MARÍN LÓPEZ, J.J., *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

190. MARTIN BERNAL, J.M., *El abuso del derecho*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982.

** “El criterio de la normalidad en temas de inmisiones – contaminación acústica (ruido) ¿abuso y/o ejercicio antisocial del derecho?, en AC, N°13 (2004), La Ley 1521/2004, disponible en www.laleydigital.es (visita 18 abril 2011).

191. MARTÍN CASALS, M., “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil”, en *InDret*, 2/2005, disponible en www.indret.com (visita 12 febrero 2008).
192. MARTÍN PÉREZ, A., “Artículo 1090”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989.
193. MARTÍN REBOLLO, L., “Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión”, en *AJA*, N°556 (2002), BIB 2002/2101, disponible en www.westlaw.es (visita 05 septiembre 2012).
194. MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Artículo 14”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tercera edición, Tecnos, Madrid, 2007.
195. MARTÍNEZ GALLEGU, E.M., “Consentimiento informado”, en AC, N°12 (2010), La Ley 4434/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 agosto 2011).
196. MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E., “La autotutela en el Derecho civil común”, en *RJN*, N°60 (2006), VLEX-212669201, disponible en www.vlex.com (visita 03 mayo 2015).
197. MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Dykinson, Madrid, 2004.

** “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, en *RDP*, N°5-6 (2005), VLEX-289829, disponible en www.vlex.com (visita 03 mayo 2015).
198. MEDINA CRESPO, M., “La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada”, en *RRCS*, N°40 (2011).
199. MEDINA DE LEMUS, M., “Artículos 358 a 374”, en *Comentarios al Código Civil, III* (coordinador JOAQUÍN RAMS ALBESA y coordinadora adjunta ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2001.
200. MÉNDEZ DE LUGO, A., “La servidumbre predial forzosa de paso”, en *Las servidumbres* (director EDUARDO BAENA RUIZ), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
201. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141

LRJPAC)” en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* (director TOMÁS QUINTANA LÓPEZ y coordinadora ANABELÉN CASARES MARCOS), segunda edición, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

202. MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, novena edición, tomo V, Giuffrè Editore, Milano, 1958.

203. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., Voz “Buena fe (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995.

204. MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

** “El sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración: una visión crítica”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado* (compilación y estudio introductorio JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ), Editorial Porrúa – Itam, Ciudad de México.

** “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI* (coordinadores JOAQUÍN ORTIZ BLASCO y PETRA MAHILLO GARCÍA), Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid – Barcelona, 2009.

205. MOLINER NAVARRO, R., “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

206. MONREAL BRINGSVAERD, E., “Última jurisprudencia sobre huelga en servicios esenciales: puntos críticos”, en *AL*, N°21 (2007), La Ley 6142/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 27 noviembre 2009).

207. MONTÉS, V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.

** “Artículo 4.2 CC”, en *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 02 de mayo de 1975*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1977.

208. MORENO MARTÍNEZ, J.A., “El derecho del autor a retirar su obra del comercio”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, vol. II, Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

209. MORENO MOLINA, J.A. Y MAGÁN PERALES, J.M., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2005.

210. MOSSET ITURRASPE, J., “Las causas de justificación”, en *Responsabilidad civil* (director JORGE MOSSET ITURRASPE), segunda reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
211. MUJICA BEZANILLA, F., “La integración de las lagunas legales”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 56 (1959), CL/DOC/709/2010, disponible en www.legalpublishing.cl (visita 02 abril 2012).
212. NATTINI, A., “Appunti sulla natura giuridica dell’atto necessitato”, en *RDC*, volumen IX, parte primera (1911).
213. NAVARRO MENDIZÁBAL, I., *Las inmisiones y molestias medio ambientales. Tutela preventiva civil*, UPCO – Dykinson, Madrid, 1997.
214. NAVARRO PÉREZ, J.L., *Expropiación forzosa*, segunda edición, Editorial Ibarra de Arce, Córdoba, 2000.
215. NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2006.
- ** “La valoración del daño resarcible”, en *AFDUDC*, N°7 (2003).
216. NICOLÁS LUCAS, A., “La incidencia en la práctica española del principio de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho comunitario”, en *RAP*, N°168 (2005).
217. NIETO, A., “Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa”, en *RAP*, N°38 (1962).
218. NÚÑEZ BOLUDA, M., “La posible atribución de un nuevo derecho al edificante de buena fe”, en *AC*, N°10 (1995).
219. NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.
220. O’CALLAGHAN, X., “Los cuasicontratos”, en *Compendio de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, tomo II, volumen 2, Edersa, Madrid, 2004, VLEX-215021, disponible en www.vlex.com (visita 23 julio 2015).
221. ORTÍ VALLEJO, A., “La jurisprudencia sobre responsabilidad civil deportiva”, en *Ar. Civ.*, 1/2004, BIB 2001/4, disponible en www.westlaw.es (visita 05 enero 2010).
- ** “Responsabilidad civil en la práctica de actividades de riesgo”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinador L. FERNANDO REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

222. PANTALEÓN PRIETO, F., “Artículo 1902”, en *Comentario del Código Civil* (dirigido por CÁNDIDO PAZ-ARES, LUIS DíEZ-PICAZO, RODRIGO BERCOVITZ Y PABLO SALVADOR CODERCH), tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- ** “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *ADC* 1993.
 - ** Voz “Daño (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo II, Civitas, Madrid, 1995.
 - ** Voz “Indemnización (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo II, Civitas, Madrid, 1995.
 - ** Voz “Responsabilidad contractual (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995.
 - ** Voz “Responsabilidad extracontractual (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995.
 - ** “La Constitución, el honor y unos abrigos”, en *DLL*, 1996, La Ley 22074/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 30 junio 2010).
 - ** “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en *DA*, Nº237 – 238 (1994).
 - ** *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid, 1995.
 - ** *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación y prescripción*, Civitas, Madrid, 1996.
 - ** “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coordinador JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2000.
223. PARADA VÁZQUEZ, J.R., “El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
224. PARDO FALCÓN, J., “El Tribunal Constitucional en la propiedad”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador JAVIER BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.
225. PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)”, en *REDA*, Nº19 (1978).

226. PARÉS SALAS, A., *Una –muy breve– aproximación al sistema alemán de pretensiones por responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado*, disponible en http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/ALFREDO_PARES.pdf (visita 02 marzo 2015).
227. PASCUAL ESTEVILL, L., “La responsabilidad contractual y la extracontractual, aquiliana o delictual”, en *DLL*, 1991, tomo 4, La Ley 21670/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 28 octubre 2009).
228. PEDRAZ CALVO, M., “Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº19 (2011), La Ley 15760/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 09 septiembre 2014).
229. PENA LÓPEZ, J.M., Prólogo de la obra de BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.
- ** “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español”, en *RDP*, año 88, Nº2 (2004).
230. PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Comares, Granada, 2002.
231. PÉREZ PÉREZ, E., “Artículo 554”, en *Comentarios al Código Civil* (coordinador JOAQUÍN RAMS ALBESA y coordinadora adjunta ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ), III, Bosch, Barcelona, 2001.
232. PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro Quinto, Utet, Torino, 1980.
- ** “La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento”, en *Rassegna di diritto civile*, Nº4 (2004).
233. PIÑEIRO SALGUERO, J., “Accidentes deportivos: lesiones consentidas”, en *InDret*, 3/2005, disponible en www.indret.com (visita 05 enero 2010).
- ** “Avila v. Citrus Community College District: ¿hasta dónde llega la asunción del riesgo en el deporte?”, en *InDret*, 3/2006, disponible en www.indret.com (visita 15 enero 2010).
- ** *Responsabilidad civil y deporte*, tesis doctoral, disponible en www.tesisenxarxa.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0710109-095336//tjps.pdf (visita 19 de mayo de 2010).
234. PLANIOL, M. Y RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo III, traducción española de MARIO DÍAZ CRUZ, Cultural S.A., La Habana, 1946.

** *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo VI, traducción española de MARIO DÍAZ CRUZ, Cultural S.A., La Habana, 1946.

235. PLAZA PENADÉS, J., “Artículo 14”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (director J. MIGUEL RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
236. PONT CASTEJÓN, I., “La técnica expropiatoria en Derecho anglosajón. Estados Unidos y Gran Bretaña”, en *DA*, N°221 (1990).
237. POOLE, D., *Filosofía del Derecho. 4. La Justicia*, UCAV, Ávila, 2009.
238. PULIDO QUECEDO, M., “El consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física”, en *AJA*, N°825 (2011), BIB 2011/1135, disponible en www.westlaw.es (visita 06 septiembre 2011).
239. QUINTANA LÓPEZ, T., “La responsabilidad del Estado legislador”, en *RAP*, N°135 (1994).
240. QUINTANILLA NAVARRO, R., “El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica”, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, N°73 (2008).
241. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: familia*, Dykinson, Madrid, 2001.
242. RAMS ALBESA, J., “Artículo 14 LPI”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART), Edersa, 1994.
243. REBOLLEDO VARELA, A.L., “Servidumbre de desagüe y vertiente de tejados”, en *Tratado de servidumbres* (director ÁNGEL REBOLLEDO VARELA), segunda edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
244. REGLERO CAMPOS, L.F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinador L. FERNANDO REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- ** “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de responsabilidad civil* (coordinador L. FERNANDO REGLERO CAMPOS), segunda edición, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2002.
245. REGLERO CAMPOS, L.F. Y PEÑA LÓPEZ, F., “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinadores JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO Y FERNANDO REGLERO CAMPOS), segunda edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ** “Los sistemas de responsabilidad”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinadores JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO Y FERNANDO REGLERO

CAMPOS), segunda edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

246. RIVERA SERRANO, M., *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*, segunda edición, Editorial Comares, Granada, 1999.
247. RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Eficacia general de las normas jurídicas”, en *Comentarios al Código Civil, I, Título Preliminar* (coordinador JOAQUÍN RAMS ALBESA y coordinadora adjunta ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2000.
248. RUIZ SERRAMALERA, R., “Concepto y fundamento de la expropiación forzosa por causa de interés social”, en *RCDI*, N°356-357 (1958).
249. ROCA JUAN, J., “Artículo 7.2”, en *VVAA, Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1977.
- ** “Artículos 554 a 556”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dirigidos por MANUEL ALBALADEJO), segunda edición, tomo VII, volumen 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990.
250. ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños, textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 (quinta edición).
251. ROCES, W., “Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho español”, apéndice a la traducción española de la obra de FISCHER, H., *Los daños civiles y su reparación*, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928.
252. RODOTÀ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1964.
253. RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., “La antijuridicidad del daño como requisito de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *AA*, N°7 (2010), La Ley 1812/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 25 julio 2012).
- ** “La rectificación por el Tribunal Supremo de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario”, en *AA*, N°2, tomo II (2011), La Ley 15204/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 09 septiembre 2014).
254. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en *RAP*, N°177 (2008).

255. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial”, en *DLL*, N°7358 (2010), La Ley 191/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 agosto 2011).
256. RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, reimpresión primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
257. RODRÍGUEZ MORATA, F., “Artículo 22. Obras de mejora”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), cuarta edición, Thomson Aranzadi, 2005.
258. RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M., “En torno a la huelga en los servicios esenciales”, en *RL*, 1987, La Ley 6142/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 27 noviembre 2009).
259. ROMERO COLOMA, A.M., *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Civitas, Madrid, 2000.
- ** “La libertad de información y el requisito de la veracidad: planteamiento y crítica”, en *AA*, N°6 (2001).
260. RUBINO, D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè Editore, Milano, 1939.
261. RUIZ LÓPEZ, M.A., “La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en el Derecho español”, en *DLL*, N°8151 (2013), La Ley 4873/2013, disponible en www.laleydigital.es (visita 24 marzo 2014).
262. SALGUERO, M., “La aplicación analógica como escenario de la creación judicial del Derecho”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, N°22 (2002), identificador BIB 2003/124, disponible en www.westlaw.es (visita 05 abril 2012).
263. SALVADOR CODERCH, P., “Comentario a STS de 25 de marzo de 1991”, en *CCJC*, N°26, abril/agosto 1991.
264. SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
265. SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad (tercera edición)”, en *InDret*, 1/2006, disponible en www.indret.com (visita 20 marzo 2010).
266. SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C., “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, en *InDret*, 1/2005, www.indret.com (visita 12 febrero 2008).

267. SALVI, C., “La proprietà fondiaria”, en *Trattato di Diritto Privato, 7, Proprietà* (dirigido por PIETRO RESCIGNO), tomo 1, Utet, Torino, 1982.
268. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “El consentimiento informado en el acto médico”, en *RPDD*, N°49 (2007), La Ley 1887/2007, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 agosto 2011).
269. SANCHO REBULLIDA, F., “Artículos 43 y 44”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
270. SANTOS BRIZ, J., *Derecho de Daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- ** “Artículo 1887”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (director MANUEL ALBALADEJO), tomo XXIV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.
- ** *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, cuarta edición actualizada y revisada, Editorial Montecorvo, Madrid, 1986.
- ** “Artículo 1089”, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), tomo 6, Bosch, Barcelona, 2000.
271. SANTOS VIJANDE, J.M., “Algunas cuestiones relevantes para la efectividad en la protección jurisdiccional del honor, la intimidad y la propia imagen”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, N°21/2003, BIB 2004/129, disponible en www.westlaw.es (visita 26 mayo 2010).
272. SANZ ENCINAR, A., “El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del Derecho”, en *La responsabilidad ante el Derecho* (edición a cargo de FERNANDO PANTALEÓN), U. Autónoma de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.
273. SATTÀ, S., “La responsabilità per lesione di interessi legittimi”, en *RDC*, 1963, parte prima.
274. SCAEVOLA, M., *Código Civil*, tomo X, Madrid, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1895.
275. SCHLESINGER, P., “La ingiustizia del danno nell’illecito civile”, en *Jus*, 1960.
276. SCOGNAMIGLIO, R., voz “Responsabilità civile”, en *Novissimo Digesto Italiano* (dirigidos por ANTONIO AZARA Y ERNESTO EULA), tomo XV, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1968.
277. SERRANO ALONSO, E., “La accesión bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 CC”, en *RDP*, enero 1981.

278. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Medidas cautelares por competencia desleal” en *Revista La Ley*, N°6 (1996), La Ley 12011/2001, disponible en www.laleydigital.es (visita 29 octubre 2009).
279. SESMA SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del Derecho comunitario (comentario a la STS de 17 de octubre de 2010), en *DLL*, N°7553 (24 enero 2011), La Ley 15150/2010, disponible en www.laleydigital.es (visita 09 septiembre 2014).
280. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “Artículos 353 y ss.”, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y coordinador IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA), tomo 3, Bosch, Barcelona, 2000.
281. SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., “Estudio de las distintas servidumbres legales en materia de aguas”, en *Las servidumbres* (director EDUARDO BAENA RUIZ), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
282. SOLÉ FELIU, J., “Comentario a STS de 31 de mayo de 2006”, en *CCJC*, N°74, mayo/agosto 2007.
283. SQUELLA NARDUCCI, A., *Introducción al Derecho*, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011.
284. SUÑOL LUCEA, A., “La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización”, en *Ar. Civ.*, 10/2003 (estudio), BIB 2003/1011, disponible en www.westlaw.es (visita 22 octubre 2009).
285. TARDÍO PATO, J.A., *Expropiación forzosa y acciones civiles*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
286. TÁRRAGA POVEDA, J., “Una huelga sin daños (indemnizables)”, en *Aranzadi Social* (2001), BIB 2001/421, disponible en www.westlaw.es (visita 10 noviembre 2009).
287. TOLEDO JÁUDENES, J., “Disposición final primera”, en GONZÁLEZ PÉREZ, J., TOLEDO JÁUDENES, J. y ARRIETA ÁLVAREZ, C., *Comentarios a la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid, 1987.
288. TORRALBA SORIANO, V., “Artículo 3.2. CC”, en *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 02 de mayo de 1975*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1977.
- ** Artículo 4.1 CC”, en *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 02 de mayo de 1975*, volumen I, Tecnos, Madrid.

289. TORRELLES TORREA, E., “Artículo 22. Obras de mejora”, en *Ley de arrendamientos urbanos* (coordinador EUGENIO LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2007.
290. TORRES MATEOS, M.A., *Arrendamientos urbanos. Doctrina y jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
291. TRABUCCHI, A., voz “Arricchimento”, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo III, Giuffrè, Milano, 1958.
- ** Voz “Promessa di matrimonio”, en *Novissimo Digesto Italiano* (dirigidos por ANTONIO AZARA Y ERNESTO EULA), Appendice vol. VI, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1980.
292. TRIGO REPRESAS, F., “Responsabilidad derivada del deporte-espectáculo”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini* (directores ALBERTO BUERES Y AÍDA KEMELMAJER), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 818 – 827.
293. TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.
294. TROIANO, P., “La c.d. responsabilità per atti leciti”, en *Quaderni del Consiglio di Stato*, N°9 (2004).
295. TUCCI, G., “La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile”, en *Riv. Dir. Civ.*, 1967, parte prima.
296. VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Editorial Comares, Granada, 2000.
297. VALLET DE GOYTISOLO, J., “La analogía en el Derecho”, en *ADC*, 1995.
298. VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.
299. VAQUER ALOY, A., “El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española”, en *RdP* N°2 (1999), BIB 1999/1077, disponible en www.westlaw.es (visita 15 de septiembre de 2009).
300. VAQUER ALOY, A., y CUCURRUL SERRA, N., “¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la *Verwirkung* en el juicio ejecutivo”, en *InDret*, N°1/2005, disponible en www.indret.com (visita 15 septiembre 2009).
301. VERDERA SERVER, R., “Una aproximación a los riegos del deporte”, en *InDret*, 1/2003, disponible en www.indret.com (visita 05 enero 2010).
302. VICENTE DOMINGO, E., “El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal”, en *RDP*, año 74, N°10 (1990).

- ** “El daño”, en *Lecciones de responsabilidad civil* (coordinadores JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO Y FERNANDO REGLERO CAMPOS), segunda edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
303. VILLAR PALASÍ, J.L., “Justo precio y transferencias coactivas”, en *RAP*, N°18 (1955).
- ** “La translación del “*justum pretium*” a la esfera de la expropiación forzosa”, en *RAP*, N°43 (1964).
304. VISINTINI, G., “Il danno ingiusto”, en *RCDP*, año V, N°1 (1987).
- ** *Tratado de la responsabilidad civil. 1. La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad*, traducción de AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
305. VON TUHR, A., *Tratado de las obligaciones*, traducción del alemán y concordado por W. ROCES, edición al cuidado de JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, Editorial Comares, Granada, 2007.
306. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
- ** “De nuevo sobre la buena fe”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1988, U. de Extremadura.
- ** “La ley del honor, veinte años después”, en *DLL*, N°5591 (2002), La Ley 2310/2002, disponible en www.laleydigital.es (visita 30 junio 2010).
- ** *Aspectos civiles del nuevo Código Penal. Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos*, Dykinson, Madrid, 1997.
- ** Aplicación de las normas jurídicas”, en *Comentarios al Código Civil, I, Título Preliminar* (coordinador JOAQUÍN RAMS ALBESA y coordinadora adjunta ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2000.
307. ZABALA DE GONZÁLEZ, M., *Responsabilidad por el daño necesario*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
308. ZANNONI, E., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1982.