

Responsabilidad civil por daños futuros

Por MIGUEL CERDÁ OLMEDO (*)

SUMARIO: I. *El daño futuro*: a) Requisitos para su reparación. b) La pérdida de una posibilidad. c) «*Lucrum cessans*».—II. *Examen especial de la Responsabilidad por razón de vecindad de los predios*: a) Generalidades; papel de la jurisprudencia. b) Fundamentación teórica de la responsabilidad. c) Derecho positivo.—III. *Modificación del daño*: a) Generalidades. b) Agravación sobrevinida a una sentencia. c) Id. a una transacción extrajudicial. d) Disminución del daño.—IV. *Variación de la expresión monetaria del daño*.

I. EL DAÑO FUTURO.

a) *Requisitos para su reparación.*

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que el daño sea resarcible ha de ser real en su existencia y en su cuantía, debiendo probarse ambos extremos por el demandante (1), es decir, se exige la prueba de la certidumbre del daño, de apreciación por el Tribunal de instancia, cuyo «quantum» que señale no puede ser revisado en casación, si bien pueden serlo los diversos conceptos o factores contribuyentes a su fijación y que integran el total del resarcimiento (2).

Pretender la reparación de un daño eventual o hipotético, aunque sea susceptible de producirse en el futuro pero todavía no realizado, equivaldría a enriquecer sin causa a la víctima. Sin embargo, nada obsta que un daño, que aún no se ha producido, es decir, que aún es futuro, pueda merecer una conducta indemnizatoria actual, siempre que se cumplan determinados requisitos,

(*) Profesor titular. Departamento de Derecho Civil; Facultad de Derecho. Universidad de Málaga.

(1) Sentencias de 29 diciembre 1939; 24 diciembre 1941; 29 febrero y 13 junio 1942; 2 enero 1945; 22 octubre 1948; 20 octubre 1950; 30 enero 1951; 25 marzo y 30 junio 1954; 10 marzo 1955; 26 enero y 5 junio 1959; 2 febrero 1960 y otras muchas.

(2) Sentencias de 25 octubre 1973 y 10 noviembre 1979, entre otras.

pues como acertadamente dicen Mazeaud y Tunc (3) para saber si un daño es o no inmediatamente indemnizable no sirve la distinción entre daño actual y daño futuro sino entre daño cierto y daño eventual; efectivamente, el daño futuro puede ser igualmente indemnizable de manera inmediata siempre que concurren cumulativamente dos condiciones: que se pruebe cumplidamente que su realización es desde ahora cierta y que sea susceptible de evaluación al tiempo que se reclama su reparación, como ocurre cuando el daño aparece como una prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual, siendo susceptible de estimación inmediata (4), (5).

En efecto, si el daño se desenvuelve y desarrolla en el tiempo (daños sucesivos o continuados) como prolongación inevitable de un daño actual no es necesario ni conveniente entablar sucesivos procedimientos y el interés de la víctima reclama ser inmediatamente indemnizada, además de poder solicitarse medidas precisas para prevenir el daño así como acordar, si fuera procedente que la indemnización consista en el abono de sumas pagaderas periódicamente a la víctima, de modo que cada pago cubra la indemnización del tramo correspondiente del daño realizado. O sea la sentencia liquidadora del daño tendrá en cuenta la evolución posterior de éste, siempre que dicha evolución sea consecuencia previsible del daño cuyos efectos ya comenzaron a manifestarse al tiempo en que dicha sentencia se dicta; igualmente podrá tener en cuenta también el daño futuro que potencialmente contenga las condiciones de realización cierta.

El Tribunal Supremo, a propósito de una indemnización por daños materiales derivados de los daños morales sufridos, confirma plenamente lo expuesto anteriormente. Dice la sentencia de 6 de diciembre de 1912 que «la apreciación de los daños causados como consecuencia de los morales, en el orden material no puede diferirse hasta que el tiempo manifieste cuántos y cuáles se hayan producido, porque sucedería que algunos se realizasen después que el escaso plazo legal establecido para el ejercicio del derecho hubiese transcurrido, quedando ilusoria la indemnización. Por ello es justo y equitativo que una vez causado el daño se exija cuanto antes su reparación, ya que no puede hacerse con la debida equivalencia si no procede la estimación prudencial de los daños materiales que de él se hayan de derivar».

La jurisprudencia admite claramente la indemnización actual del daño futuro si éste es prolongación inevitable de un daño ac-

(3) «Traité de la Responsabilité Civile», Tome I, 6.^a ed., núm. 216.

(4) Así PLANTOL-RIPERT, «Traité pratique de Droit civil français», Tome VI. Obligations. 1.^{er} partie por P. Esmein, París, 1952, p. 748.

(5) El requisito de la susceptibilidad de estimación inmediata es flexibilizado por la jurisprudencia, pues si el Tribunal carece de bases suficientes de evaluación o las partes lo piden, aquél puede acordar que la fijación de la cuantía del daño se relegue a un momento posterior y se realice en trámite de ejecución de sentencia.

tual. La sentencia de 25 de octubre de 1973 considera indemnizables los «gastos de operaciones y tratamientos médicos y sanitarios, no sólo realizados, sino que se consideren necesarios para su rehabilitación y tendentes a devolverse en lo posible su capacidad funcional para el futuro». En cambio, cabría abrigar alguna duda si la indemnización actual es igual de procedente cuando el daño futuro, aunque cierto es solo virtual, haciendo tránsito a su eventualidad, pues se pasa insensiblemente de lo virtual a lo eventual. Efectivamente, la línea divisoria en la práctica entre lo virtual o potencial —que cabría admitir su reparación inmediata— y lo eventual o hipotético —no reparable— es muchas veces difícil de trazar. Así, por ejemplo, si a consecuencia de inmisiones intolerables el agricultor ve perdida o disminuida su cosecha futura por la contaminación de las aguas con que riega su predio y el dueño de la casa de recreo ve depreciarse el valor de su casa a resultas de levantarse en el solar vecino un bloque de dieciséis plantas, la cuantía de daño del agricultor o la depreciación del inmueble (daños futuros) se concretarán en el momento ulterior en que la cosecha se recoja o la casa se venda.

En ambos casos, y en otros que pudieran aducirse, como tal daño futuro será indemnizable si es cierto y evaluable, como más tarde, en trámite de ejecución de la sentencia que lo liquida, pero cuidando en dichos supuestos de no rozar el posible carácter eventual, hipotético o aleatorio, que el daño pudiera tener atendiendo igualmente al requisito general de la relación de causalidad (6) y sin olvidar que la jurisprudencia es particularmente rigurosa en lo relativo al lucro cesante.

b) *La pérdida de una posibilidad.*

No es en modo alguno eventual la pérdida por parte de la víctima de la posibilidad de que se realizara un acontecimiento futuro que le podría ser beneficioso, pero que por perderse la posibilidad de su realización resulta aquélla perjudicada; en efecto son numerosos los casos en que una persona se queja de haber perdido una posibilidad por culpa de otra: el enfermo que pierde la oportunidad de curarse o de sobrevivir por diagnóstico o tratamiento

(6) Concurriendo varias causas en la producción del daño, el T. S. no tiene un criterio uniforme; se atiende:

a) a la irrelevancia de la jerarquía de la causa: Sent. 26 septiembre 1967; 30 mayo 1968; 10 julio 1969; 18 octubre 1979, etc.;

b) el nexa causal se interrumpe si el Tribunal duda que fuese el demandado el inequívoco causante de los daños: Sent. 25 enero 1965;

c) el que es causa de la causa, es causa del mal causado: Sent. 2 abril 1976; 24 abril 1979.

d) a la causa principal: Sent. 11 febrero 1966; 30 enero 1954, etc;

e) en series causales autónomas, aportadas por diversas personas y productoras del mismo daño, si son concurrentes todas ellas al resultado dañoso cabe imputarlo a todos: Sent. 17 mayo 1967.

negligente de su médico, el estudiante que por accidente culpable de otro pierde la oportunidad de examinarse, o el litigante que por negligencia de su procurador o de su abogado, ve perder la posibilidad de interponer un recurso, etc. En todos estos casos y en otros muchos cabría citar el perjuicio consistente en la pérdida de una posibilidad por culpa de otro, pues ni el estudiante habría aprobado con certeza, ni el enfermo curado, ni el litigante habría ganado el recurso que se le frustró, pero había una posibilidad que se ha perdido, lo que constituye un perjuicio cierto, no hipotético y su reparación parece estar justificada (7).

Existen en el Código civil, aparte de los preceptos relativos a la responsabilidad extracontractual, disposiciones específicamente aplicables a personas a quienes se obliga a indemnizar por conductas erróneas o maliciosas causantes de la ineficacia de negocios jurídicos que provocan pérdidas de posibilidades de provechos futuros. Así, en materia de sucesiones, el notario autorizante del testamento abierto o cerrado que deviene nulo por inobservancia de solemnidades legales, es «responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan si la falta procediese de su malicia, negligencia o ignorancia inexcusables (arts. 705 y 715 del C. c.); y en el mismo sentido los artículos 712 y 713. Dichos preceptos admiten sin dificultad una generalización que permita sentar la regla por la que se sujeten a indemnización a todos los que por su conducta negligente o maliciosa desplegada con ocasión de concluir o redactar actos jurídicos o de cumplir formalidades de los mismos, den lugar a que otro pierda una oportunidad unida a un derecho o una expectativa determinada, que se ven frustrados (notario, abogado o mandatario que por su culpa el cliente pierde la posibilidad de adquirir un inmueble; procurador negligente que imposibilita la interposición de un recurso por el litigante, pérdidas derivadas de la no conclusión de un contrato, por aplicación de la responsabilidad precontractual, etc.).

Más discutible parece permitir la posibilidad de indemnizar la pérdida por el enfermo de curarse o sobrevivir que se

(7) La jurisprudencia francesa no vacila en conceder su reparación. Vid. MAZEAUD (Henri, León y Jean) «Lecciones de Derecho Civil», trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1950, Parte Segunda, vol. II, pág. 73.

G. VINEY, en «Traité de Droit Civil», IV, París, 1982, págs. 341 y ss., se pronuncia en el mismo sentido alegando en contra del carácter aleatorio que por definición tiene la posibilidad que se pierde (en oposición al principio de la certidumbre del daño) que el álea no quita que la posibilidad exista y que por tanto su desaparición es un daño cierto; cita como ejemplos de la relevancia jurídica de la existencia de la posibilidad, el billete de lotería, que no es sino el título representativo de una posibilidad, y que puede ser vendido mediante precio y la práctica del seguro que descansa sobre la idea de que la posibilidad tiene un valor en sí, pues los riesgos asegurables en realidad no son otra cosa que posibilidades dañosas; y en contra de la dificultad de evaluar la indemnización del daño entiende la autora indicada que dicha dificultad se presenta igualmente al evaluar el daño moral, en especial, el «pretium doloris» y el daño afectivo, cuyas evaluaciones en dinero son difíciles o imposibles, y sin embargo no impiden su reparación.

frustra por el negligente diagnóstico o tratamiento de su médico y ello con independencia de que el enfermo logre o no restablecerse o sobrevivir a la enfermedad, puesto que admitir la reparación de tal pérdida haría cambiar la naturaleza de la obligación médica, transformándola en una obligación de resultado. Sin embargo, en contra cabe aducir que la obligación médica no muda por ello de naturaleza, puesto que en tal hipótesis la responsabilidad dimana de culpa del obligado a prestarla y que probada su existencia «la responsabilidad que proceda de negligencia es exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones» (art. 1.103 del C. c.).

Si el enfermo fallece o no logra restablecerse por causas independientes al diagnóstico o tratamiento negligente, cabría igualmente aducir que en tal caso se rompe el nexo causal, imposibilitando en consecuencia la reparación. Sin embargo, la cuestión no está así correctamente planteada, pues aquí el daño no consiste en que el enfermo se agrave o muera, que de todas formas y por otras causas podría haber ocurrido; el daño a reparar consiste en la pérdida que aquel experimente de tener la oportunidad de curarse o sobrevivir, en sí misma considerada, no en que no consiga lograrlo de todos modos, que es ya acontecimiento futuro irrealizable. Por tanto, el anexo causal hay que establecerlo entre el diagnóstico o tratamiento negligente y la pérdida de oportunidad que origina, y deteriorada esa cadena causal hará que el daño no sea reparable, como efectivamente ocurrirá muchas veces. El Tribunal Supremo tiene declarado que el daño derivado del tratamiento facultativo, establecido por presunciones, exige la relación concordante entre daño y tratamiento anterior, sin que ese daño sea debido a varias circunstancias (Arg. S.S. 23 febrero 1953 y 24 marzo 1956).

La sentencia de 17 de mayo de 1973 indemniza a la víctima que por muerte de otro pierde su colocación y la de 28 de febrero de 1959 referida a un accidente de circulación que motivó que las personas accidentadas perdieran la posibilidad de disfrutar sus vacaciones (aquí el daño, insistimos, no consiste en privar a las víctimas de sus vacaciones, que podrían no haberlas disfrutado por otras causas; el daño que se les causa es la pérdida de la posibilidad misma): el T. S. si bien duda si dicho daño es daño patrimonial o moral, no vacila en decretar la correspondiente indemnización, ya que, según la citada sentencia, la frustración de un viaje turístico es indemnizable como daño y que la indemnización de esas frustraciones, no traducibles directamente en pérdidas pecuniarias, se obtiene en función del artículo 1902 «como compensación a los sufrimientos del perjudicado» siendo su valoración cuestión de hecho de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de instancia. Otras sentencias en cambio, bien porque la naturaleza del daño reparable exija que su cálculo deba de ser necesariamente arbitrario y parcial (en proporción a la probabi-

lidad de realización del acontecer futuro que se pierde) bien porque se pida la indemnización de otros daños, engloban la pérdida de oportunidad en la reparación de éstos; así la sentencia de 21 enero de 1974 lo subsumen en el lucro cesante; las de 4 de julio de 1970 y 31 enero 1980 acuerdan indemnizar al padre, por perjuicios puramente morales, la pérdida de su hijo menor de edad y la sentencia de 27 de noviembre de 1965 como daño material acuerda el pago de los gastos de alquiler de otro vehículo derivados de la pérdida de poder usarlo mientras dura la reparación (8).

En conclusión, es procedente la reparación de una oportunidad perdida como daño específico e independientemente de la responsabilidad que proceda por lucro cesante u otros daños siempre que se pruebe: primero, la probabilidad de que un acontecimiento desfavorable (por ej. agravamiento de una enfermedad) no se realizaría o que un acontecer favorable (promoción profesional, más fácil de establecer en un funcionario sometido a escalafón que un profesional liberal, etc.) tendría lugar, de no haberse perdido la posibilidad. El grado de aquella probabilidad servirá para admitir o no la procedencia de la indemnización y de módulo de fijación de su cuantía. Segundo, la certeza de la pérdida de oportunidad, que ha de ser seria y real, pues el daño indemnizable debe ser cierto, no probable o hipotético. Tercero, la culpa del demandado; cuarto, el daño efectivamente sufrido, y quinto, el nexo causal entre el hecho culpable y la pérdida de posibilidad sufrida.

c) *Lucrum cessans*

Según una regla muy antigua la reparación comprende no sólo los daños sufridos (*damnum emergens*) sino también las ganancias dejadas de obtener (*lucrum cessans*).

Prevista expresamente dicha regla para la responsabilidad contractual (art. 1.106), rige el mismo criterio, según la jurisprudencia, en la responsabilidad extracontractual.

De Cupis (9) ve el fundamento de la distinción entre daño emergente y lucro cesante según que el interés afectado sea o no actual: si el objeto del daño es un interés actual o relativo a un bien perteneciente a una persona ya en el momento en que el daño mismo se ocasiona, tendremos el daño emergente; a la inversa, si el objeto del daño es un interés futuro, o bien se refiere a una cosa aún no perteneciente al perjudicado, estaremos en pre-

(8) Con todo, la jurisprudencia española sigue en este punto el criterio de «la libre apreciación de los daños», a diferencia de otras extranjeras que fijan la indemnización en caso de accidente por la suma de los gastos de reparación, la disminución del valor que experimenta el vehículo por la reparación y la pérdida de posibilidad de utilización del mismo, mientras dura la reparación.

(9) «Il danno. Teoria generale della responsabilita civile», Milán, 1951, p. 150.

sencia del lucro cesante, o sea, la distinción entre daño presente o pasado y daño futuro se corresponden con daño emergente y lucro cesante, comprendiendo aquél todo lo que empobrece indebidamente a la víctima y éste todo con lo que no se enriquece y representa una esperanza frustrada, dando lugar a otra manifestación de daño futuro.

El problema reside aquí en trazar la línea divisoria entre lo que es razonable y lo que es quimérico o simplemente hipotético; por ello otros Códigos, a diferencia del español, exigen determinados condicionamientos para que la ganancia dejada de obtener sea indemnizable. Así el § 252, p. 2 del BGB, atendiendo al dato de la probabilidad de obtención de la ganancia dice que «Considérase ganancia frustrada la que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto y particularmente a las medidas y previsiones adoptadas». En la misma línea, atendiendo al mismo criterio, el artículo 1.059, 1.º del Código brasileño, que identifica las ganancias indemnizables con «lo que razonablemente dejó de lucrar» el acreedor. El artículo 1.233, infine, del Código italiano en cambio, se fija en el nexa causal para la fijación de la ganancia reparable, ya que exige que las ganancias frustradas sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

Dichos condicionamientos se incorporan al Derecho español por obra de la jurisprudencia. Efectivamente el Tribunal Supremo adopta un criterio restrictivo en la estimación del lucro cesante (10). La sentencia de 22 de junio de 1967 dice que: «El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el Derecho científico sostiene que no basta la simple *posibilidad* de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta *probabilidad objetiva* que resulta del *curso normal* de las cosas y de las circunstancias especiales del *caso concreto* y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente criterio *restrictivo* de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de *probarse rigurosamente* que se dejaron de obtener las ganancias, sin que sean dudosas o contingentes, y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad del lucro cesante».

Y por lo que respecta al *nexa causal* el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de marzo de 1954 declara que el lucro cesante para ser estimado y acordar su indemnización ha de guardar la debida relación de causa a efecto con el acto ilícito realizado por

(10) Sentencias de 3 noviembre 1892; 31 enero 1916; 30 junio 1924; 9 enero 1927; 13 julio 1945; 5 junio 1946; 24 octubre 1953; 17 noviembre 1954; 21 enero y 6 mayo 1960; 6 mayo 1967 y 25 abril 1978, entre otras.

el agente, por lo que si el daño por lucro cesante obedece a causas ajenas a la obligación de reparar los perjuicios, como es el hecho de la elevación de los precios de las cosas y la subsiguiente disminución del poder adquisitivo de la moneda, no debe acordarse su indemnización. Insisten en el nexo causal las sentencias de 17 de noviembre de 1954 y 6 de marzo de 1960.

Para valorar el lucro cesante, la sentencia de 4 de abril de 1979, a diferencia de cuando se trata de daños materiales, permite acudir a cálculos teóricos.

Apreciando la incidencia de la culpa concurrente de la víctima en esta materia, la sentencia de 21 de enero de 1974 reduce la indemnización por lucro cesante por inactividad de un camión accidentado, dado que la tardanza en su reparación fue imputable en gran parte al perjudicado y ello redujo los beneficios dejados de obtener durante el tiempo que normalmente hubiera tardado en repararse el vehículo.

Por último, es oportuno insistir que en responsabilidad contractual existen dos importantes excepciones a la reparación del lucro cesante. En primer lugar en el contrato de compraventa con vicios o defectos ocultos de la cosa vendida si el vendedor es de buena fe «deberá sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiere pagado el comprador (art. 1.487, 2.º del C. c.). Y en segundo lugar, en caso de nulidad del contrato, la indemnización se limita al llamado interés negativo, o sea, el interés que el demandante había obtenido de haberse concluido el contrato, obteniendo el reembolso de los gastos derivados de la conclusión del contrato, pero no la compensación del provecho que esperaba (11), siendo de advertir que dicha limitación opera sólo en el caso de que la demanda de reparación es independiente de la nulidad, incluso si se ejercita a consecuencia de la malformación del contrato (11 bis).

(11) Vid. Díez PICAZO-GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», vol. II, 2.º ed., Madrid, 1979, p. 88.

(11 bis) En el ámbito del Derecho administrativo, en los casos en que los derechos de los particulares se sacrificuen en aras del interés público, pero sin que por ello se produzca un inmediato enriquecimiento económico por parte de la Administración, y en general, siempre que los derechos sacrificados estén condicionados en su existencia al ejercicio de la potestad discrecional de la Administración la responsabilidad se contrae al daño emergente pero nunca al lucro cesante. Así, el art. 47 de la Ley de Puerto de 19 de enero de 1928 prescribe que cuando por una Corporación Pública hubiesen de ejecutarse obras en un puerto y para realizarlas fuera preciso utilizar o destruir las construidas por particulares en virtud de la concesión, «sólo tendrían derecho los concesionarios a ser indemnizados del *valor material* de dichas obras», y el art. 37 de la citada ley declara, en relación con los permisos para aprovechamientos temporales dentro de la zona marítima terrestre que «estos permisos cesarán siempre que lo exija la mejor vigilancia y servicio de las playas, la policía urbana o rural, o la concesión del terreno para otras empresas de mayor utilidad... En tales casos, los dueños de las construcciones temporales sólo dispondrán libremente de los materiales empleados, sin derecho a indemnización».

Otra de las fuentes de producción de daños futuros, o de daños sucesivos o continuados, la constituye en numerosas ocasiones las responsabilidades derivadas de las relaciones de vecindad, que pasamos a exponer.

II. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

a) *Generalidades; papel de la jurisprudencia.*

La situación de vecindad entraña necesariamente incomodidades y molestias, pues el ejercicio de facultades inherentes a la propiedad o a la posesión o ciertos comportamientos urbanos o profesionales tienen necesariamente que repercutir en los demás. Y hasta cierto nivel esas incomodidades forman parte de las condiciones normales de la vida social y no son susceptibles de reparación, porque la vida en sociedad supone la aceptación de un *mínimum* de molestias. Pero cuando éstas alcanzan determinadas cotas o sobrepasan determinados niveles o adquieren unas proporciones que exceden de las ordinarias, devienen insoportables y su misma intensidad reclama su adecuada reparación. Porque, efectivamente, el Derecho no protege todos los intereses sino que los discrimina y no reconoce sino los que entiende dignos de ser jurídicamente sancionados. Esto, que se observa claramente en relación con el daño moral, cuya tutela y evaluación judicial se basa en un poder de apreciación mucho más amplio que en el supuesto de daños materiales, ocurre igualmente en la responsabilidad derivada de las relaciones de contigüedad de los predios y que la doctrina ha venido en llamar relaciones de vecindad y que obliga a reparar adecuadamente, toda molestia, inmisión o perturbación anormal, bien porque exceda de la que sería consecuencia de un uso normal de los bienes o bien porque sobrepase aquello que sea normalmente tolerable por la generalidad, según circunstancias de tiempo y de lugar; el contenido, incluso el concepto mismo, de las relaciones de vecindad es, por cuanto llevamos diciendo, contingente y variable y la delimitación de los supuestos que generan responsabilidad, único tema que aquí nos interesa precisar, es por naturaleza, cambiante y huidiza. Actualmente la vida en sociedad, en el campo y en las ciudades, la actividad comercial e industrial, las relaciones y comportamientos individuales y colectivos son bien distintos a los contemplados por el Código civil, del que sin embargo cabe obtener, como después veremos, un principio general del derecho que prohíba las perturbaciones anormales, de acuerdo con la realidad del tiempo presente, no siendo necesaria una más detallada regulación, puesto que el desarrollo y concreción de aquel

principio general debe ser labor y tarea de la jurisprudencia (12), que le incumbe la misión de trazar el oportuno deslinde entre las molestias e incomodidades consideradas de normal derivación de la vida social y que hay obligación de soportar, de aquellas otras que por exceder de esa medida, dan lugar a una oportuna reparación.

En cierto sentido el estudio de las relaciones de vecindad en el derecho comparado implica en alguna medida conocer y estudiar la sensibilidad, costumbres individuales y sociales y modos de vida de los distintos países, o al menos, se puede afirmar que las relaciones de vecindad proporcionan muchos y valiosos datos sobre costumbres y grados de civilización alcanzados por los diversos grupos humanos.

Además, la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad pueden ser, especialmente las del mundo rural, una respuesta, si bien parcial y limitada, del Derecho civil al problema del daño ecológico, para el que el sistema español (quizás tampoco ningún otro) no parece tener adecuada solución, al menos a la hora presente.

La responsabilidad que estudiamos se proyecta en los más variados campos de la vida social. Particular relieve deberían alcanzar las responsabilidades derivadas de las relaciones de vecindad relativas a la polución y contaminación atmosférica o de las aguas, afectantes tanto al mundo rural, dado el uso generalizado de productos químicos para aumentar la producción, como al medio urbano, habida cuenta de la existencia de industrias contaminantes en los núcleos urbanos, en donde principalmente afectan otras, también importantes, como las referidas a ruidos excesivos y demás molestias que impiden el bienestar (desórdenes inmobiliarios y urbanísticos: privación de luz o de sol, accesos inadecuados, ausencia de zonas verdes, etc.).

La jurisprudencia francesa, al admitir la indemnización por ruidos excesivos a los vecinos colindantes a aeropuertos (sentencias de 8 de mayo de 1968 y 17 de diciembre de 1974) ha venido a cambiar la naturaleza tradicional y el concepto mismo de las relaciones de vecindad: la molestia que motiva la reparación es distinta a las molestias tradicionales, no conciernen a individuos aislados o a un pequeño grupo de personas, sino que afectan a un elevado número de perjudicados, dadas las grandes concentraciones urbanas, y el concepto mismo de vecindad se amplía sobre lo habitual, pudiendo contarse en kilómetros.

(12) La jurisprudencia francesa ha elaborado una detallada y progresista teoría de la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad. En el mismo sentido el Código italiano (art. 844) que sigue la teoría de la tolerancia normal, permite a la autoridad judicial que, al aplicar dicho criterio tenga en cuenta para coordinarlas las exigencias de la producción con los derechos de la propiedad, pudiendo apreciar igualmente la prioridad de un determinado uso.

b) *Fundamentación teórica de la responsabilidad.*

El fundamento teórico de la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad ha dado lugar a abundantísima literatura, siendo muy numerosos y diversos los criterios científicos y doctrinales aportados sobre la materia (13), lo que hace que aunque cada uno de ellos pueda encerrar parte de verdad, su misma diversidad los condena.

Nosotros, por nuestra parte, y a efectos de síntesis, podemos distinguir: 1.º Teorías que basan la responsabilidad en la culpa del agente o causante de la perturbación anormal; admite a su vez dos variantes, según que se fundamente sobre la base de la responsabilidad extracontractual (arts. 1.902 y ss.) o se acuda a la teoría del abuso del derecho (art. 7, 2 C. c.); 2.º Teorías que fundamentan la obligación de reparar con independencia de dicha culpa, en las que cabe igualmente apuntar otras dos direcciones según se acuda a la teoría de la responsabilidad por riesgo o se fundamente la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad sobre bases autónomas; 3.º Teorías que relacionando la responsabilidad con el derecho de propiedad ven las relaciones de vecindad como un predicado del dominio, fundamentando la responsabilidad bien en la culpa del propietario o bien prescindiendo de ella.

Analicemos brevemente todas ellas si bien variando el orden anteriormente expuesto, comenzaremos por esta última:

1.º Tradicionalmente se han configurado las relaciones de vecindad enlazadas con el derecho de propiedad, configurándose aquéllas a modo de carga o limitación del dominio, teoría de la que participa nuestro Código civil que se deja influir por la teoría de la «inmissio» en el artículo 1.908, 2.º y alude a manifestaciones aisladas de las relaciones de vecindad al regular la propiedad, configurando aquéllas en ocasiones como servidumbres legales, con un criterio unánimemente criticado por la doctrina.

En realidad las relaciones de vecindad, como su nombre indica, no se circunscriben a los *propietarios* como sujetos de la relación. De la propia legislación se deduce la accionalidad activa o pasiva a favor del arrendatario y esta tesis es perfectamente generalizable a otros supuestos ya que las relaciones de vecindad no son sólo consecuencia de la proximidad entre dos propiedades, sino que nacen de la proximidad geográfica de dos o más personas que ejercitan unos derechos que no necesariamente tienen que ser de propiedad (Arg. Sent. 16 diciembre 1957, que autoriza a los vecinos de los establecimientos incómodos para interponer el recurso contencioso administrativo correspondiente). Por esto es criticable la

(13) BREDIN (*Rev. Trim. dr. civil.*, 1974, p. 171) habla de «treinta explicaciones y ninguna convincente». Dicho autor, op et loc. cit, enseña cómo las relaciones de vecindad se han configurado, entre otras maneras, como: obligación legal; o consuetudinaria, como pena privada; o garantía; manifestación del enriquecimiento sin causa; o con fundamento en la equidad, etc.

vieja teoría de la «inmissio», que al referirla al propietario, reducía considerablemente el ámbito de aplicación de las relaciones de vecindad; y al contrario, no todo daño que derive del ejercicio del derecho de propiedad es condenable en aplicación de la teoría de las relaciones de vecindad que prevee la condena de un daño más circunscrito. Así se excluyen de las relaciones de vecindad los supuestos genéricos de responsabilidad que la doctrina agrupa bajo el título de responsabilidades por razón de dominio (14): las hipótesis contempladas por los artículos 389 y 390 del Código civil son diferentes de las que se encuadran en la teoría de las relaciones de vecindad (que por otra parte nada tienen que ver con las servidumbres legales), y discurren por cauces distintos.

2.º La teoría que funda la responsabilidad en la culpa del causante de la perturbación anormal y recurre a la vía de la responsabilidad extracontractual para su reparación tiene como seguidores entre nosotros a Santos Briz (15) que afirma que «dentro de la legislación española nuestro Código civil no contiene preceptos en que expresamente se prohíban los ruidos excesivos. No queda más solución si pretendemos regular este problema a tenor de aquel cuerpo legal que acogernos al artículo 1902 que formula el principio general de la culpa extracontractual y al más específico, pero sólo aplicable por analogía, del artículo 1908».

Sin embargo, esta afirmación descansa sobre una petición de principio ya que desde que exista una molestia que sobrepase los niveles generales de tolerancia hay ya culpa, por ese sólo hecho, no pudiendo probarse lo contrario mientras persista. En el mismo sentido, como dice Lacruz (16), tanto del artículo 1908 del Código civil como de la legislación administrativa se desprende que lo que determina la responsabilidad del propietario es la intolerabilidad de la inmisión o influencia y no su culpa. En la jurisprudencia, la sentencia de 14 de mayo de 1963, en un caso de responsabilidad producida por el funcionamiento de instalaciones industriales defectuosas considera que «no puede estimarse lícito el hecho de autos de expeler y dispersar la demandada abundante cantidad de polvo perjudicial... cuando hay medios técnicos para evitarlo», explicando que en el caso de aplicación del artículo 1908 no es necesaria la concurrencia de la culpa.

Por tanto, podemos concluir que las inmisiones y demás perturbaciones cuando devienen intolerables, generan una responsabilidad con independencia de cualquier clase de culpa, derivada de la simple y escueta intolerabilidad, de ahí la importancia de establecer con precisión su concepto y alcance preciso.

(14) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, «Derecho Civil, Común y Foral», tomo 2.º, vol. I, 10.ª ed., 1964, p. 169.

(15) «La Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal», 3.ª ed., Madrid 1981, p. 699.

(16) «Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales», vol. 1.º, Barcelona, 1979, p. 210.

3.º Acudir a la vía del abuso del Derecho es tesis defendida por Díez Picazo-Gullón (17) que piensan que cuando nuestro Código civil (art. 1.908, 2.º) señala la obligación de indemnizar el daño causado por razón de «humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades» recoge muy imperfectamente la vieja teoría de las «inmisiones», al no explicar si los humos han de ser sólo excesivos respecto a la normal tolerancia o respecto al uso normal del medio.

«A falta de criterio específico, la cuestión debe resolverse ante todo por aplicación de la doctrina del abuso del derecho. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho caerá en la sanción del artículo 7.º, 2 del Título Preliminar».

Sin dudar de las evidentes relaciones que existen entre la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad y la teoría del abuso del derecho es igualmente cierto que ésta está basada en la idea de culpabilidad y aquélla no. Desde que se admita una responsabilidad no fundada en la culpa del agente en las relaciones de vecindad no cabe confundir ésta con la que pueda derivar de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho; en realidad son dos teorías completamente distintas: en las relaciones de vecindad es el carácter perjudicial (que no hay obligación de soportar) de la conducta ajena lo que motiva la responsabilidad pero dicha conducta no es abusiva per se, sino que es útil a su autor y en sí misma considerada, enteramente lícita. Hay en efecto conductas útiles para el que las despliega, lícitas, no abusivas y sin embargo son perjudiciales a otros (p. ej., cuando se demanda judicialmente a una persona).

Si al concebir las relaciones de vecindad como carga o limitación del derecho de propiedad se ampliaba de manera inadmisiblemente la concepción de aquéllas, como vimos en su momento, apelar a la doctrina del abuso del derecho trae por consecuencia una concepción excesivamente estrecha y reducida de las relaciones de vecindad (aún sin ser de suyo incompatibles, como tampoco lo es el acudir a la vía del art. 1.902 del C. c.), porque efectivamente se priva con ello de muchas de las consecuencias que naturalmente derivan de las relaciones de vecindad, reduciendo considerablemente su ámbito de aplicación y privándole en buena parte de su eficacia.

4.º Igualmente rechazable es la opinión de quienes consideran la responsabilidad que nos ocupa como una manifestación o aplicación concreta de la teoría de la responsabilidad por riesgo, dada la ausencia de un texto explícito en que apoyarla y ser ésta de carácter excepcional en nuestro derecho.

5.º En realidad el fundamento de la responsabilidad que estu-

(17) «Sistema de Derecho Civil», vol. III, Derecho de cosas. Edit. Tecnos, Madrid, 1981, p. 184.

diamos debe construirse sobre bases autónomas y originales: se trata de una responsabilidad sin culpa, como reconoce, como sabemos, el propio Tribunal Supremo, no reconducible a ninguno de los moldes preestablecidos, cuya fijación, aplicación y concreción debe ser, como expusimos, labor de la jurisprudencia que debe estar atenta a las evoluciones constantes de los condicionamientos sociales y económicos de la sociedad, haciendo prevalecer en cada caso, de entre los intereses en juego, el más digno de ser protegido (como hace la sentencia de 17 de febrero de 1968) según las circunstancias concurrentes y en base a criterios objetivos (18).

Y esa labor que le incumbe a la jurisprudencia (18 bis) no tiene por qué ser arbitraria, puesto que se haría en aplicación, de conformidad con el artículo 1,7 del Código civil, de un principio general inducido de la propia legislación (19), con apreciación cui-

(18) Las dos principales propuestas por el Derecho extranjero son el de tolerancia normal (del Derecho italiano) y el del uso normal (del Derecho alemán). Vid. LACRUZ op. cit., p. 208, que cita la opinión de MESSINEO, para quien la diferencia reside en que el primero se refiere a la incidencia que la inmisión determina en el fundo del vecino, mientras que en el segundo la medida del uso del propio derecho es independiente de su incidencia sobre el fundo vecino. Los dos criterios pueden coincidir en su aplicación, pero no necesariamente: es posible que haya inmisiones tolerables si bien causadas por un uso anormal, y, al contrario, inmisiones intolerables derivadas de un uso normal; con todo, añadimos nosotros, podrán tenerse en cuenta ambos, incluso necesariamente, en numerosas ocasiones.

(18 bis) La jurisprudencia del T. S. es bastante copiosa. Entre otras hemos encontrado las siguientes sentencias: 21 junio de 1955, sobre instalación de tanques por la Campsa; 24 diciembre de 1956, sobre almacén de algodón; 16 diciembre 1957 sobre galvanoplastia; 5 agosto de 1956 relativa a fábrica de gaseosas; de harina, sent. 5 febrero 1936; almacén de sosa, 20 junio 1936; serrería, 25 junio 1957; carpintería mecánica, 25 junio 1958; fábrica de artículos de goma, 30 diciembre 1953; industria de aceites, 17 mayo 1955; fábrica de muebles y serrería, 9 noviembre 1950; solar que se destina a acoger gatos errantes, 6 junio 1952; secadero de pieles, 8 octubre 1956; molino para fabricar pimentón, 27 septiembre de 1956; vaquería, 2 diciembre 1960; instalación de grupo electrógeno en el Teatro de la Comedia, 30 abril 1952; cebadero de cerdos, 20 octubre 1946; instalación de transformadores eléctricos, 22 octubre 1955; establecimiento de instalaciones donde se manipula o hay depósitos de alcohol, como causa de deshaucio, 27 mayo 1950, etc., etc

Entre las más modernas deben indicarse la sentencia de 12 de diciembre de 1980, notable decisión judicial que autoriza a inducir un principio general prohibitivo en la materia; determina que la responsabilidad resultante de las relaciones de vecindad no requiere el elemento de la culpa y sienta un criterio restrictivo sobre el cómputo del plazo en lo referente a la prescripción liberatoria o de acciones en caso de daños «continuados» o «permanentes», y las sentencias de 17 de marzo de 1981 y 14 de julio de 1982, también sobre emanaciones nocivas de carácter individual.

(19) Debe tenerse presente, fuera del Código civil, el art. 114, 8.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, que autoriza el deshaucio si el arrendatario ejerce actividades incómodas, nocivas, insalubres, inmorales o peligrosas en el interior de la vivienda arrendada, deshaucio que se insta a iniciativa del propietario o arrendador o a petición de un cierto número de vecinos, lo que demuestra de paso cómo las relaciones de vecindad no se constituyen necesariamente entre propietarios.

Los artículos 7 y 19 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 prohíben igualmente a cada condueño la realización de las actividades

dadosa, en cada caso concreto, del necesario nexo causal que debe ligar a la actuación intolerable y el perjuicio cuya reparación se invoca, sin olvidar la misión de dotar de uniformidad a las decisiones judiciales que cumple el recurso de casación.

c) *Derecho positivo.*

La decantación de un principio general extraído del Derecho positivo regulador de la responsabilidad que estudiamos es tarea que se ahorran los países respectivas legislaciones lo consagran expresamente. Así el artículo 844 del Código italiano; § 906 del BGB y el artículo 1.346 del Código portugués (20), pero es labor absolutamente imprescindible en los Ordenamientos jurídicos que como el nuestro esto no ocurre. En esta dirección que creemos la acertada, merece citarse la opinión de Pérez González y Alguer, Lacruz y Albaladejo.

Observen los profesores citados en primer lugar (21) que los preceptos de los artículos 1908 y 590 dan base suficiente para fraguar una teoría general de las inmisiones a través de una analogía generalizadora. «Si se tiene en cuenta —dicen los indicados autores— que nada abona el carácter taxativo de tales preceptos,

referidas en su piso o local pudiendo el infractor ser privado del uso de éstos. El Reglamento de 30 de noviembre de 1961 y el Decreto de 16 de agosto de 1968 contemplan la permisibilidad de actividades molestas insalubres, nocivas o peligrosas en función de la zona de ubicación y la naturaleza de la actividad, condicionada siempre a la apertura de un expediente para autorizarlas y la realización de determinadas medidas y sin perjuicio de la facultad sancionadora de la Administración, que puede decretar incluso el cierre de tales industrias.

Igualmente debe tenerse presente la Ley de Protección de Ambiente Atmosférico de 22 de diciembre de 1972 y las disposiciones administrativas complementarias; así, el Decreto de 6 de febrero de 1975, etc.

(20) Así, el Código italiano (art. 844), dispone que: «el propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos y similares propagaciones derivadas del fundo del vecino, si no superan la normal tolerabilidad, teniendo en cuenta las condiciones de los lugares. Al aplicar esta norma la autoridad judicial debe conciliar las exigencias de la producción con las pretensiones de la propiedad».

El BGB (§ 906) dice que «el propietario de un inmueble no puede impedir las inmisiones de gases, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruidos, sacudidas y otras semejantes que procedan del inmueble contiguo, en tanto los efectos de tales inmisiones no perjudiquen la utilización de su finca o la hagan sólo de modo inesencial o el perjuicio sea causado por una utilización del fundo vecino que sea habitual según las circunstancias del lugar en los inmuebles que se encuentran en el mismo sitio No se permite la inmisión a través de un conducto específico».

El Código civil portugués de 25 de noviembre de 1966 (art. 1.346) dispone que el propietario de un inmueble puede oponerse a la emisión de humo, vapores, calor o ruidos, «así como a la producción de trepidaciones o a otros cualesquiera hechos semejantes provenientes del predio vecino siempre que tales hechos impliquen un perjuicio sustancial para el uso del inmueble o no resulten de la utilización normal del predio del que emanan».

(21) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, «Derecho Civil», cit., pág. 172, nota (2).

y que en ambos preside el propósito legislativo de evitar inmisiones peligrosas o nocivas o simplemente molestas en la finca del vecino, se llegará a la conclusión de que, aunque con técnica imperfecta y casuística, nuestro Código civil prohíbe toda inmisión perjudicial que no sea conforme al uso o los reglamentos, o en último extremo, al criterio de buena vecindad, basado en la buena fe».

Por su parte, Lacruz (22) afirma que «generalizando podemos predicar en nuestro Ordenamiento, en tema de vecindad y de posibilidades de utilización de la propia finca, una regla de principio según la cual la actividad del dueño u ocupante no podrá ser anormalmente molesta para el vecino o los circundantes, habida cuenta de la naturaleza de la finca».

Finalmente Albaladejo (23) entiende que «nuestro Código sólo contiene disposiciones para supuestos particulares, pero es claro que los casos no previstos no están huérfanos de regulación, que a falta de ley o costumbre, darán los principios generales. Estos (que cabe inducir de artículos concretos del propio Código, como los artículos 581, 582, 590 y 1.908, y de numerosas disposiciones de todo rango (piénsese por ejemplo, en prohibiciones de ruidos excesivos) y a falta de otros datos, extraer de la propia idea de lo que es justo) permiten poder decir algo que básicamente no es diferente de lo que establecen otros Códigos: que el propietario no está autorizado a realizar en su propia cosa aquellos actos que den lugar en la propiedad del vecino a una inmisión de imponderables (humos, gases, olores, ruidos, calor, luz, etc.) perturbadora que sea superior a lo tolerable, habida cuenta de los reglamentos, usos y en general de las circunstancias del caso».

Por nuestra parte, con objeto de precisar algo más el contenido de ese principio general prohibitivo de las perturbaciones anormales, habremos de agregar que para apreciar éstas es en principio indiferente la cualidad de las partes de la relación vecinal: ni ésta es hoy una relación que exclusivamente deba darse entre propietarios, ni la responsabilidad resultante puede considerarse en la actualidad como pena privada o sanción que se impone al propietario por el mal uso de su propiedad. La pauta a seguir, generalizable a otros supuestos, es la marcada por el artículo 118, 8.º de la Ley de arrendamientos urbanos de 24 de diciembre de 1964 que permite el deshaucio del arrendatario a instancia no sólo del propietario sino del arrendador o de vecinos, en caso de ejercicio por aquél de actividades incómodas, nocivas, insalubres, inmORAles o peligrosas; tampoco hay que tener presente lo que Ihering llamaba la «receptividad personal de la víctima»: las predisposiciones personales son irrelevantes, la perturbación será anormal si como tal la percibe el ciudadano medio; la sentencia de 17 de diciembre de 1964, a propósito de ruidos excesivos declara que

(22) LACRUZ *Elementos*, cit. in loc. cit.

(23) ALBALADEJO, *Compendio de Derecho Civil*, Barcelona, 1981, p. 320.

«la percepción de la intensidad del ruido no es de índole técnica, esto es, que su apreciación no requiere conocimientos científicos, sino que se aprecien sensiblemente por toda persona». No obstante «in concreto» será útil alegar la actividad profesional, comercial, industrial o cualquier otra que sea beneficiosa a la sociedad para que, como dice la sentencia de 17 de febrero de 1968, «en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalezca la que se apoya en el interés social, si la vida íntima familiar del vecino no se inquieta».

Tampoco es oponible a la víctima cualquier tolerancia de su parte como medio de enervar su reclamación, pues como acertadamente afirman Mazeaud y Tunc (24) «la idea de cierta tolerancia es indispensable entre vecinos... es la condición misma de la vida en sociedad». Mayores dudas suscita la oponibilidad del carácter previsible o imprevisible del daño. El juez al apreciarlo deberá tener en cuenta las circunstancias de lugar concurrentes en el caso, siendo muy distinto el nivel de tolerancia de las inmisiones según sea la zona, rural o urbana, en donde se produzcan; incluso dentro de zona urbana, cambiará al compás de la situación de los predios, lugares residenciales, comerciales, industriales, etc., lo que determinará que una misma molestia o actividad sea normal en algunos sitios y anormal en otros. El criterio, sin embargo, puede en ocasiones tener cierto resabio elitista al distinguir entre residentes privilegiados y habitantes ordinarios, reservando para los primeros un nivel más exigente en orden de hacerles más agradable el marco vital.

La violación de reglamentos u autorizaciones administrativas genera una responsabilidad a cargo del contraventor si la contravención acarrea la lesión de intereses ajenos, pero dicha responsabilidad se basa en la culpa del agente, que deriva de la misma contravención, y se procederá por las reglas generales de la culpa extracontractual (art. 1.902 y concordantes) por lo que se hace innecesario acudir a la teoría de las relaciones de vecindad para obtener reparación. En cambio la existencia y cumplimiento de dichos reglamentos u autorizaciones administrativas no impide de que se produzcan o se puedan producir perturbaciones anormales que caerían bajo la sanción específica de las relaciones de vecindad, puesto que ni colocan al dueño o industrial en situación de privilegio ni excluyen la reclamación judicial del que se considere lesionado; la autorización administrativa no tiene por objeto suprimir el daño derivado de las relaciones de vecindad, es simplemente una incidencia en cuanto a la modalidad de la reclamación. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia (SS. 22 de noviembre de 1960; 18 enero 1961; 14 mayo 1963, entre otras).

La depreciación inmobiliaria producida a consecuencia de la perturbación anormal (villa depreciada, por edificación excesiva en el solar vecino, etc.) no es requisito inexcusable para apreciarla,

(24) MAZEAUD et TUNC op. cit., núm. 598.

pues dicha perturbación no conlleva necesariamente la depreciación de la finca; además, desde que se admite que la acción de reparación puede interponerla el ocupante no propietario, la depreciación inmobiliaria no es requisito de la perturbación. En cambio, cuando exista, puede dar lugar a un daño actual y a un daño futuro, pero evaluable al tiempo de la reclamación (dicho daño se producirá en el momento ulterior de la venta del inmueble) lo que hace que la misma perturbación genere dos conceptos indemnizatorios distintos que exigirán evaluaciones separadas.

Por último, la reparación por equivalencia habrá de ser generalmente arbitraria, en contra de los principios generales, pareciéndose la indemnización a una pena privada por lo que hace mucho más aconsejable la reparación «in natura»: removiendo la perturbación mediante la adopción de las medidas adecuadas y en casos extremos suprimiendo la actividad, como autoriza el Reglamento de actividades molestas, incómodas, insalubres, nocivas y peligrosas de 30 de noviembre de 1961 para las industrias a él sometidas.

III. LA MODIFICACION DEL DAÑO

a) *Generalidades.*

El daño, especialmente si es continuado, puede estar sometido a influjos y transformaciones, incluso con posterioridad a la sentencia que acuerda su reparación; dicha sentencia consideró el daño en todos sus aspectos, presentes y futuros, tal y como estaban en la época en que se dictó (25), pero el curso ulterior de los hechos puede determinar que el daño se agrave o disminuya. Surge entonces el problema de saber si la víctima, tras la sentencia dictada sobre su perjuicio, puede obtener la indemnización de un elemento distinto de dicho perjuicio que, o no existía al tiempo de la sentencia o no había pedido su reparación, en virtud de una reparación complementaria; o bien en caso de disminución del daño, si cabe reducir la reparación judicialmente acordada, siempre que, como es obvio, en ambos casos los daños se encuentren dentro de la relación causal con los ya reparados y con el hecho originario de que proceden. Y el mismo problema surge si el daño se liquida, no por resolución judicial, sino por transacción extrajudicial.

Mazeaud y Tunc (26) hablan de variaciones intrínsecas y varia-

(25) Momento adecuado para evaluar el daño por resolución judicial será la fecha en que se dicte. No es obsáculo la Sentencia de 30 de octubre de 1956, que dice que los daños y perjuicios se indemnizarán previa la prueba de su existencia real «al tiempo del ejercicio de la acción, pues en buena lógica equivale a decir que los efectos de la sentencia que acuerda la indemnización se retrotraen a la demanda.

(26) Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual Trad. de la 5.ª Ed., por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1963, Tomo III, vol. I, págs. 620 y ss.

ciones extrínsecas. Las primeras derivan o afectan a los elementos materiales del daño, que se agrava o disminuye de entidad. El daño inicial produce nuevos daños posteriores (sucesivos o continuados) que agravan la responsabilidad del obligado siempre que los daños ulteriores (desarrollo del daño inicial o daño nuevo derivado) tengan su origen en el mismo acto ilícito sin interrupción de la relación causal. Las variaciones extrínsecas, en cambio, aluden a los casos en que el daño permaneciendo invariable en su materialidad ha cambiado sin embargo, en su apreciación económica por fluctuación de la moneda u otras circunstancias.

Por ello, por nuestra parte, como quiera que la variación de la expresión monetaria del daño no implica modificación del mismo (la modificación supone evolución de alguno de los elementos constitutivos del daño) preferimos estudiarlo separadamente y al final.

En nuestro sistema procesal, dado el principio de congruencia de las sentencias (art. 359 Lec.), no pueden tenerse en cuenta las evoluciones que sufra el daño durante el proceso, o sea, las modificaciones del daño posteriores a la demanda y anteriores a la sentencia. Sólo podrían tenerse en cuenta si la demanda se formula reclamando cuantía inestimable a fijar en ejecución de sentencia o hasta la cifra máxima figurada en el suplico, concretándose la suma en trámites de ejecución de sentencia.

b) *Agravación sobrevenida a una sentencia.*

Si después de la sentencia firme liquidatoria del daño y por derivación se manifestasen otros o se agravasen, la víctima tiene la posibilidad de exigir una reparación complementaria, pues si bien se prohíbe reparar dos veces debe en cambio, repararse el daño en su integridad. La doctrina es unánime en que el demandado en tal supuesto no puede alegar la excepción de cosa juzgada, pues no concurriría en tal hipótesis la identidad del «petitum», como elemento objetivo de la acción (vid. art. 1.252 del Código civil). Lo esencial es pues determinar qué daño fue reparado en el proceso anterior y todo lo que exceda, admite nueva demanda. En este sentido la sentencia de 25 de mayo de 1976 en un caso de lesiones que se agravaron con posterioridad a la sentencia penal que conoció del accidente en que se originaron; lo mismo cabe sostener respecto de otros elementos materiales del daño que por su mutación determinen un agravamiento del daño, siempre que naturalmente no hubiesen sido objeto de un pronunciamiento anterior. Ahora bien, en la práctica, no siempre es tarea sencilla ni fácil determinar con exactitud en qué medida lo reclamado de nuevo no cae dentro de lo ya juzgado, pues la sentencia tiene siempre en cuenta en cierta medida, mayor o menor según los casos, el daño futuro. La reparación complementaria que se obtenga habrá de guardar una proporción directa con la agravación

del perjuicio salvo que se aprecie culpa de la víctima en dicho agravamiento, en cuyo caso habrá de practicarse nueva distribución de responsabilidad tomando como criterio dicha culpa, pudiendo llegarse incluso a excluir la indemnización.

c) *Agravación sobrevenida a una transacción extrajudicial.*

Sostiene Santos Briz (27) que «si la indemnización de daños se convino a través de una transacción extrajudicial es posible también revisar el daño cuando con posterioridad al contrato sobrevienen nuevos daños o una agravación de los anteriores en virtud de nuevos hechos no tenidos en cuenta en el acuerdo transaccional»; sin embargo, no dice el autor citado en qué medida sea revisable el daño transigido, dada la eficacia vinculante de la transacción. Aquel parecer sin embargo, no parece del todo convincente. Al menos convendría matizarlo en una doble dirección. Primero: si como se dice «contratar es preveer» y la transacción tiene por finalidad la creación de una certidumbre entre las partes, con eficacia vinculante, a ella habrán de atenerse en cuanto a las derivaciones futuras del daño; cabría sostener sin embargo, que ante el agravamiento del daño se podría ejercitar la acción de anulabilidad del contrato por error en el objeto en la medida permitida por el artículo 1.266 del Código civil, aunque con ello no obtendría la víctima que sufrió la agravación la reparación complementaria sino que las partes contratantes volverían al «statu que ante», de prosperar aquella acción. La fuerza vinculante de la transacción obliga pues a las partes a atenerse a lo pactado. Para precisar con exactitud la medida en que sea revisable el agravamiento del daño posterior al acuerdo liquidatorio transaccional y siempre que el contrato no lo impida, hay que acudir a nuestro juicio, al artículo 1.816 del Código civil que dice que «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada», y por tanto, y sólo en la medida que, conforme a los criterios de la cosa juzgada, la reparación que se pida por agravamiento no se contempló en el contrato, será posible obtener la oportuna indemnización; con este criterio, de paso, damos sentido a aquella norma y evitamos la interpretación también posible que equipara la cosa juzgada de la transacción con la fuerza vinculante del contrato, que haría inútil el precepto, por ser una redundancia del artículo 1.091.

En segundo lugar, en la transacción con cláusula de renuncia de reclamaciones futuras no cabe pedir la indemnización por agravamiento del daño y dicho efecto constituye una notable diferencia con la agravación del perjuicio posterior a una sentencia, y que se explica en méritos del principio de autonomía de la voluntad, pues con la transacción las partes pueden desear poner punto

(27) SANTOS BRIZ op. cit., pág. 290.

final a todas las eventuales contiendas que puedan surgir entre ellos. Con todo, dicho tipo de cláusulas se miran con disfavor; ejemplo de ello lo tenemos en materia de consumo: la ley de 19 de julio de 1984, en su artículo 2,3, las declara nulas en la esfera de su competencia (28).

d) *Disminución del daño.*

La atenuación o disminución del perjuicio es evento excepcional en los daños a los bienes y muy frecuente en accidentes corporales. La cuestión de si el curso ulterior de los hechos pueden hacer reducir o incluso hacer desaparecer la indemnización ya acordada la resuelve Santos Briz (29) diciendo que «hay que partir de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que el nexo causal es una cuestión de hecho que ha de apreciar libremente el Tribunal (SS. 30 de marzo 1929; 31 octubre 1946, entre otras). Declaración que deja en libertad a los Tribunales para tener en cuenta la posible reducción de los daños por causas hipotéticas, según el caso concreto». Y añade que se trata de un problema que «más que a la relación causal afecta a la determinación o fijación de la indemnización, para cuya resolución el artículo 1.106 del Código civil ningún criterio fija ni ninguna limitación establece. La expresión «ganancia dejada de obtener del acreedor» parece sin embargo hacer relación a la actuación del otro polo de la obligación (ya contractual, ya extracontractual) es decir, del *deudor*. Por tanto, los sucesos *extraños* a la conducta de éste, parece en principio, que salvo consideración de *equidad excepcional*, sólo derivadas del caso concreto, no deben tenerse en cuenta. Así se deduce de la sentencia de 17 de enero de 1968 que para determinar la culpa deshecha los hechos posteriores al suceso, meramente «hipotéticos» y la de 10 de noviembre de 1971 que también con criterio restrictivo en esta materia acusa la trascendencia del cálculo de probabilidades para fijar la indemnización por responsabilidad civil en el proceso penal».

A lo que entiendo, según el autor citado, los Tribunales pueden con posterioridad a la sentencia reducir la indemnización acordada, con carácter restrictivo, en base a la apreciación del nexo causal o bien en base a la fijación de la cuantía de la indemnización.

Según esto, la víctima, si los trabajos ejecutados en la reparación del objeto dañado le costaron menos del precio fijado por el juez, puede verse obligado a devolver la diferencia, si lo aconseja así la «equidad excepcional» concurrente en el caso; en caso de daño corporal de una persona joven que recibió una suma calcu-

(28) La Federación francesa de Sociedades de Seguros invitó a sus miembros, en 1978, a suprimir el empleo de tales cláusulas de renuncia en las transacciones.

(29) SANTOS BRIZ, op. cit., págs. 261 y ss.

lada sobre una esperanza de vida normal, pero que muere al poco tiempo, sus herederos podrán verse obligados a restituir el exceso fijado en relación al tiempo que no vivió su causante.

Semejante criterio no parece convincente. Es preciso indicar en primer lugar que en muchos casos la fijación de una cantidad alzada a título de indemnización supone implícita o explícitamente querer indemnizar definitivamente y de manera global, para después no tener que decretar la devolución de parte de las indemnizaciones, a proporción con la disminución del daño, que dogmática y prácticamente es inviable. Y lo mismo ocurre si la indemnización aunque no haya consistido en la entrega de un capital, sino en la percepción periódica de una pensión y el juez (o las partes en la transacción) no formuló reserva alguna acerca de la disminución futura del daño.

Además entiendo que el demandado, en ambos casos, podría oponer la excepción de cosa juzgada, porque si bien el daño es inestable por su propia naturaleza, en caso de agravación ulterior a la sentencia, el objeto sobre el que se pronuncia el juez es limitado y lo que se le pide de más (reclamación complementaria) es exterior, y por definición extraño y no juzgado con anterioridad (de lo contrario no se admitiría la demanda en aplicación de la cosa juzgada); en cambio si el daño disminuye lo que debe acordarse nuevamente de menos, es interno e incluido en lo ya juzgado con anterioridad, o sea, juega siempre la excepción de cosa juzgada en caso de disminución del daño no siendo nunca procedente ni viable la devolución proporcional salvo que el juez lo prevea y formule reserva de pronunciamiento posterior.

En supuestos en que se prevea que la evolución del daño pueda determinar modificaciones de éste parece más adecuada la condena al pago de una pensión o renta que al pagarse a intervalos periódicos cada pago indemniza el daño correspondiente a ese período, pudiendo aumentarse, disminuir o desaparecer (en estos dos últimos casos si lo prevee la sentencia) al compás de la evolución del daño.

En caso de liquidación de daños por acuerdo transaccional si el perjuicio disminuye el deudor de la indemnización se encuentra en mejor posición que si el daño se liquida por sentencia, pues puede ejercitar la acción de anulabilidad del contrato por error sobre el objeto del mismo (ej. transigió por fractura cuando sólo era esguince).

En el Derecho de Familia la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil parece contemplar otra hipótesis de daño futuro: el empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges tras la separación o divorcio por desequilibrios económicos en relación con su cónyuge (separación) o excónyuge (divorcio) que nosotros no estudiamos porque aunque guarde semejanza con el daño futuro ni es problema de responsabilidad ni tampoco de culpa, y que quizá se explique, al menos en el caso de divorcio, como

sucedáneo o secuela del deber de asistencia y socorro que existía en el matrimonio. Puede discutirse si es o no modificable dicha pensión al compás de las modificaciones derivadas del curso ulterior de las cosas; todo depende de si el desequilibrio económico que se compensa con la pensión es el existente a la época en que se acuerda su constitución o por el contrario «las alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge» (art. 100) posteriores deben o pueden también tenerse en cuenta (30).

Por último, en lo relativo al día inicial en el cómputo del plazo de la prescripción de acciones por daños sucesivos o continuados, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias sentencias. Así la de 24 de septiembre de 1965 después de declarar que el artículo 1.968, 2.º sigue un criterio subjetivo al exigir el conocimiento del agraviado, conforme al principio «nihil volitum, nisi proecognitum», deduce que de tal precepto es de resaltar que la falta de concreción de que adolece se subsana a la vista del artículo 1.902 a que se remite, y por tanto, lo que debe saber el agraviado para que comience a contarse el lapso de tiempo prescriptivo es la realización del daño a que como elemento real de la responsabilidad aquiiana se refiere el artículo 1.902 y ello con independencia de que sus efectos se prolonguen más o menos tiempo, o de que esté o no concretada su cuantía material. De esta sentencia resulta también que en caso de sustanciarse actuaciones ante la jurisdicción penal, el artículo aplicable no es el 1.968, sino el 1.969, precepto éste que adopta un criterio objetivo, a tenor del cual, la posibilidad de accionar quedó libre en el caso concreto desde la fecha de la resolución judicial que al declarar desierto el recurso de casación interpuesto, convertía en firme y ejecutoria la sentencia en que se decretó la absolución y a tal momento ha de atenderse para señalar el comienzo de la prescripción, pues según la sentencia de 3 de diciembre de 1931, es incumbencia de la parte perjudicada, por su propio interés, averiguar cuándo llegará ese momento de finalizar la actuación criminal para ejercitar la de carácter civil de que se creyere asistido. La Sentencia de 25 de junio de 1966, tratándose de daños continuados declara que «tendrá que ser el momento que señala el artículo 1.969 el que deberá tomarse en consideración aunque no se haya determinado la cuantía de los daños, perfectamente determinables en ejecución de sentencia. Las sentencias de 8 de julio de 1947, 12 de enero de 1906 y 12 de febrero de 1924 parten del momento de comienzo de producción de los daños como iniciador de la prescripción, presuponiendo que los perjudicados los conocían desde entonces y que pudieron sin obstáculo alguno ejercitar la pertinente acción.

(30) LACRUZ, «Elementos cit. IV. Derecho de Familia», fasc. II, Barcelona, 1982, pág. 263, cree que lo único permitido es la revalorización futura de la pensión por depreciación monetaria, pero no su revisión por modificación derivada del curso ulterior de las cosas.

IV. *La variación de la expresión monetaria del daño.*

Como dijimos no constituye un supuesto de modificación del daño. Esta implica, como sabemos, la mutación de alguno de sus elementos constitutivos; aquí el daño permanece estabilizado, variando sólo su expresión monetaria por la depreciación del dinero y la consiguiente alza de precios que conlleva, o sea, no varía el daño en sí mismo, sino su expresión monetaria y ello porque el daño causado se valora al tiempo del resarcimiento y no a su causación, provocando resultados injustos especialmente en aquellos supuestos en que transcurra mucho tiempo desde la realización del daño y su liquidación por la sentencia.

La inflación perjudica siempre al acreedor, lo mismo que la deflación perjudica al deudor en las llamadas por la doctrina deudas de suma (31).

La solución a este problema puede ser o que el deudor entregue la misma suma fijada en la obligación, cualquiera que sea la alteración de su poder adquisitivo (principio del nominalismo) con los resultados injustos aludidos; o bien que el deudor preste al acreedor la suma que equivalga al poder adquisitivo que tenía la señalada en la obligación (principio del valoralismo) con la inseguridad que ello comporta. El principio primeramente indicado la doctrina encuentra que se acoge por el Código civil (art. 1.170) y de comercio (art. 312). Y en el mismo sentido la jurisprudencia.

Pues bien, el Tribunal Supremo en la importante sentencia de 20 de mayo de 1977, ratificada por otras posteriores, entiende que la determinación del valor a indemnizar ha de desechar el momento de causación de daños, también el momento de ejercicio de la acción, para situarse en la fecha de la sentencia, o de su ejecución según que en el fallo se concrete la suma o se deje esa concreción para el trámite de ejecución. Tras deslindar la indicada sentencia la cuestión de la «existencia» del daño, que ha de constar en el momento en que se ejercita la acción y el de determinar su «cuantía» cuando lo que se pide es una separación pecuniaria, la determinación de esa cuantía en los casos de alteración del valor monetario ha de situarse en el día en que recaiga la condena definitiva o en trámite de ejecución, toda vez que se trata, no de una deuda pecuniaria simple, sino de una obligación de pagar en dinero un valor determinado, esto es, de una deuda de valor. El perjudicado tiene pleno derecho a la reparación total del daño que ha padecido, y este efecto únicamente puede conseguirse abonándole una cantidad de dinero, que atendido el valor adquisitivo que tenga en la fecha últimamente indicada sea necesaria para compensarle el quebranto sufrido, dado que en otro caso, la reparación solamente sería parcial, principio el citado, que respetando siempre los límites procesales de la congruencia, es aplicable

(31) DÍEZ PICAZO-GULLÓN, «Sistema» cit., vol. II, 2.^a Ed., Madrid, 1979, páginas 162 y ss.

tanto a la evaluación de los daños patrimoniales como a los extrapatrimoniales y tanto en materia de responsabilidad civil extracontractual como en orden a la determinación del valor de la cosa no entregada en caso de solicitarse el cumplimiento por medio del equivalente y asimismo respecto a la fijación, en general, de los daños y perjuicios contractuales».

Ahora bien, la configuración de la indemnización por daños como deuda de valor y no de suma no resuelve del todo las dificultades; soluciona equitativamente las reparaciones por daños ya realizados pero no ocurre igual en caso de que la indemnización se deba a título de resarcimiento de daños futuros o continuados. Pongamos dos ejemplos: a un herido con una determinada incapacidad se le indemniza suficientemente por la sentencia en donde se ha previsto la evolución ulterior de las lesiones y se aplica el principio del valoralismo; el estado ulterior del herido continúa constante y estabilizado pero los cuidados y remedios que precisa, definitivamente cubiertos a la fecha de la sentencia, por la inflación aumentan de precio, ¿puede reclamar ese mayor coste? La respuesta debe ser negativa por la oponibilidad de la cosa juzgada, dado que sería reclamar sobre algo que ya se ha juzgado, pues no ha habido variación alguna en ninguno de los elementos constitutivos del daño, que en consecuencia sigue siendo el mismo que el ya sentenciado. Y lo mismo cabe decir en relación a los daños materiales: Si acordada una reparación por sentencia en cuantía suficiente a su fecha y previa consideración de la deuda como deuda de valor, si después los trabajos necesarios aumentan de precio por la inflación, no cabría, por idéntica razón, intentar la reclamación judicial del exceso.

El efecto indicado está justificado en el supuesto de que la liquidación del daño se realice mediante entrega de una suma global a la víctima, ya que ésta no tendría que devolver el sobrante si existiera, después de aplicarla a la reparación del perjuicio y en justa contrapartida el responsable no tendrá que abonar más, si es insuficiente.

Sin embargo, puede originar alguna injusticia si la liquidación del daño y consiguiente indemnización se efectúa mediante el pago de una renta al perjudicado, dado su carácter no revisable. Esto es lo que intenta evitarse en la hipótesis de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil, puesto que si cabe dudar de sí, a la vista del artículo 100, es posible o no su revisión (vid supra) no existe la menor duda de su posible actualización por depreciación monetaria.

