



Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños

Eugenio Llamas Pombo
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Salamanca



SUMARIO

1.- Planteamiento

2.- Tesis: la prevención-evitación del daño, misión irrenunciable del Derecho civil.

3.- Antítesis: la discutida (y difícilmente sostenible) función preventiva de la responsabilidad civil.

3.1.- La pretendida multifuncionalidad de la responsabilidad civil

3.2.- Discusión

4.- Síntesis: tutela civil inhibitoria y responsabilidad civil, dos ámbitos distintos del Derecho de daños.

5.- Antecedentes históricos y comparados de la tutela inhibitoria atípica.

6.- Concepto, fundamento y configuración atípica, unitaria y autónoma de la tutela civil inhibitoria.

7.- Antecedentes legislativos de tutela inhibitoria típica.

8.- Requisitos de la tutela civil inhibitoria.



1.- Planteamiento

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

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

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

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

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

4º) Sin embargo, siguen existiendo graves escollos para seguir llamando “responsabilidad”

a algo distinto de la reparación-resarcimiento del daño. Responsabilidad es un *posterior*, la consecuencia jurídica de un daño, y la idea de prevención requiere un *prius* que encaja mal en aquel concepto, por mucho que queramos ampliarlo o deformarlo.

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

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

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

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

2.- Tesis: la prevención-evitación del daño, misión irrenunciable del Derecho civil

El daño, como “menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹, es algo esen-

¹ LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. esp. y notas de SANTOS BRIZ, t. I, Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1958, pág. 193.



cialmente indeseable. Y por ello, parece obvia la popular preferencia del “prevenir” sobre el “curar”. Es perfectamente aplicable al daño lo que, en relación con el acto ilícito², escribía Trimarchi hace algún tiempo: “La reacción que el ordenamiento jurídico opone contra el acto ilícito mira preventivamente a impedirlo, y sucesivamente a eliminar sus consecuencias. Mejor prevenir que curar: es un obvio principio de economía. Por eso, aún antes de que el acto ilícito sea cometido, el Derecho opera no sólo con la amenaza de la sucesiva sanción..., sino también con medidas inmediatas dirigidas a impedir el comportamiento lesivo antes de que se

produzcan”³. Con toda la razón se ha afirmado que “bien está que se compensen ciertos daños, pero no alcanzamos a ver cómo no es mejor intentar además disminuir la frecuencia con que ocurren y su gravedad”⁴. Afirmaciones ya resultan obvias desde el más elemental sentido común, se justifican adicionalmente con otros argumentos técnicos que resumimos a continuación:

1º) El tremendo desplazamiento que se ha producido en el Derecho de daños de las últimas décadas, que ya no gira en torno al dañador, sino alrededor de la víctima, avala antes la prevención que

² Aunque no es el objeto de este trabajo, es bien conocido el esfuerzo que, desde mediados de la década de 1960, ha realizado la doctrina italiana para distinguir entre *ilícito* (conducta antijurídica) y *daño*, hecho histórico, material, que puede ser eventual consecuencia del ilícito o derivar de otras causas distintas. Vid., por todos, MOCIOLO, “Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, pág. 367; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inhibitoria e risarcimento*, Cedam, Padova, 1998, págs. 1 y ss. y 116 y ss.

³ TRIMARCHI, voz “Illecito”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 20, Giuffré, Milano, 1970, pág. 106. La traducción es mía.



la reparación. Como es sabido, puede afirmarse, plásticamente, que en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de operaciones de la responsabilidad civil: el “primer actor” ya no es (como en el artículo 1902 del Código civil) “el que causa daño a otro”, ni tampoco (como en el artículo 1101) “los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad...”, sino precisamente ese “otro” que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que “todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado”, o algo parecido⁴. En suma, cabe hablar de un (relativamente nuevo) principio general de nuestro Derecho, formulado como el favor victimae o principio pro damnato. No es sino la concreta aplicación al dominio de la responsabilidad civil de otro más amplio, que erige a la defensa del débil (en sentido jurídico) en la preocupación esencial del Derecho

moderno, por decirlo en palabras de Josserand, en su conocido trabajo sobre “la protección de los débiles por el Derecho”⁵.

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

2º) El Derecho civil siempre ha brindado mecanismos de protección preventiva de la posesión (interdictos), de la propiedad (acción negatoria) y de otros derechos subjetivos de carácter patrimonial⁶. Con mayor motivo habrá de hacerlo en relación con ese “derecho a la indemnidad” que tratamos de proteger mediante el Derecho de daños y que se trata de un derecho subjetivo a menudo implicado con bienes y derechos de la personalidad, elevados casi siempre a la categoría constitucional de derechos fundamentales. Sólo así podrá mantener

⁴ SALVADOR CODERCH-CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, M. Pons, Madrid, 1997, pág. 10. En la pág. 107 continúan: “...la idea de que el Derecho civil de daños ha de renunciar a todo principio de preservación *ex ante* de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a esperar y ver cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, resulta incluso intuitivamente contraria al buen sentido”. Por lo demás, tal finalidad preventiva ya fue reclamada por DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, pág. 572; y TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, págs. 133 y ss.

⁵ El fenómeno es bien conocido y ha sido explicado hasta la saciedad. He resumido su alcance en LLAMAS POMBO, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba” en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, dir. J.A.MORENO, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 299 y ss., de donde se reproducen algunos datos a continuación:

DE ANGEL señala que hay una “tendencia de la jurisprudencia a orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales basados en la doctrina de la culpa por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos” (*Tratado de responsabilidad civil*, Civitas-U.D., Madrid, 1993, págs. 56 y 128 y ss. En dicho lugar, y concretamente a lo largo de la nota 21, el prestigioso profesor contempla un buen resumen de la bibliografía española a propósito del fenómeno al que nos referimos).

En la doctrina francesa, con agudeza y mayor profundidad ha señalado Yvonne LAMBERT-FAIVRE que el eje de la responsabilidad civil ya no es el “sujeto responsable”, sino el “objeto” de la responsabilidad, o sea, la reparación del daño. En otras palabras, el sistema evoluciona desde un Derecho de daños que giraba en torno a la deuda de responsabilidad, hacia otro que lo hace alrededor del crédito indemnizatorio (LAMBERT-FAIVRE, Y., “L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation”, en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1987, págs. 1 y ss.).

En Italia, recoge una buena síntesis del fenómeno al que nos referimos VIOLANTE, A., *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Ed. Scient. It., Nápoles, 1999, especialmente todo su capítulo I.

Todo ello ha sido resumido agudamente en el pfo. nº 259 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil de la Argentina, de 1998, que por su claridad conceptual y semántica, transcribimos a continuación: “La responsabilidad civil está emplazada en un área móvil. Los viejos odres del Código civil resultaron insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes, tanto que en la Era Industrial, seguramente, la respuesta más singular resultó de la legislación laboral. Cuando se entró en los albores de la Era Tecnológica fueron repensadas ideas generalmente tenidas por válidas, y se procuró dar soluciones adecuadas a los nuevos requerimientos, muchas veces mediante una relectura de los antiguos textos legales. En Argentina, como en el Mundo, el concepto de responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (Lambert-Faivre); hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (López Olaciregui), porque el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor (Ripert)”.

⁶ Ya entre las tres funciones primordiales de los jurisconsultos romanos -*respondere, agere, cavere*- ocupaba un lugar fundamental la tarea de prevención-evitación de litigios. En ese *cavere* está el origen de las *cautiones* en general, y de la *cautio damni infecti* en particular.



nuestra disciplina su secular papel defensor del deber general de respeto a la persona⁷.

Hace tiempo que conocemos la necesidad de someter la vieja *summa divissio* de ULPiano a meros “criterios de preponderancia” (según recomiendan BULLINGER y RAISER), de manera que Derecho Público y Derecho Privado ya no se contraponen axiológicamente, sino que se estructuran paralelamente y se complementan recíprocamente, estableciéndose campos de preponderancia o intensidad relativa de lo público y lo privado⁸. Campos que en el Derecho Privado se fundamentan en el valor de la autonomía, en las instituciones más íntimamente conectadas a la libre disposición e iniciativa de la persona, a través del derecho subjetivo y el negocio jurídico. Adicionalmente, también hay que someter la clásica identificación entre Derecho civil y Derecho Privado al *principio de solidaridad*, del que habló RODOTÀ, y que obliga a ceder autonomía privada para obtener bienestar colectivo. En suma, al civilista actual ya le interesa muy poco determinar si su Derecho es público o privado: es un *ius novum* que tiene de todo. Tanto el Derecho de la construcción, como el Derecho de daños, el de Persona, Familia o el Inmobiliario, por poner algunos ejemplos, concitan la interacción de normas públicas y privadas. El Estado social de Derecho impone un Derecho civil sensible a los *intereses generales y colectivos*, cuya protección ha de constituir un principio activo de toda relación jurídica, y por cuyo cumplimiento debe velar el Estado, que ya no ocupa una posición neutral en las relaciones

interindividuales. Por ello, cabe hablar de una verdadera “socialización” del Derecho civil, que no se ve ya en términos peyorativos, como un ataque al Derecho civil. Éste, en efecto, debe contemplar los intereses sociales o colectivos y adecuarse a la protección de los intereses de aquellos miembros de la sociedad más débiles (los consumidores, los usuarios, los menores, los incapaces, las víctimas de daños y perjuicios), y de los valores colectivos imperantes (igualdad, productividad de la riqueza, empleo racional del medio ambiente, etc.). El civilista moderno no pierde de vista el peso que adquieren los *fenómenos colectivos*, y la idea social que sustituye unas veces, y se superpone otras, a la idea individual⁹. Frente a un ordenamiento de actividades netamente individuales, el Derecho civil actual es el ordenamiento de las “formas asociativas”, de la “cooperación humana”, que caracterizan a toda la actividad económica moderna. Las ideas de solidaridad social y protección de los intereses generales y colectivos ya no son ajenas al Derecho civil, y presiden, por imperativo del Estado social y democrático de Derecho, las viejas y las nuevas instituciones que lo integran.

Por eso, ya no es admisible el viejo mito del monopolio preventivo del Estado y el Derecho administrativo¹⁰: El Derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un “derecho a perjudicar”¹¹.

⁷ Es inevitable traer aquí las palabras, ya antiguas, del profesor D. Federico DE CASTRO: “aceptado el daño de algo que no es un derecho subjetivo, que es precisamente una cualidad de la misma persona, se acoge implícita, pero necesariamente, la figura de la situación protegida y el correspondiente deber general de respeto a la persona” (*Derecho Civil de España*, II, pág. 38). Cabe citar también ROCA JUAN, “Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)”, en *A.D.C.*, 1986, págs. 763 y ss.

⁸ Me he ocupado extensamente de la cuestión en Llamas Pombo, *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, págs. 106 y ss.

⁹ “Cada vez menos cuestiones privadas. Cada vez menos cierta la regla de oro del Derecho civil *res inter alios acta*. Este es el tapón mal encajado por donde se vacía el agua del Derecho civil”, escribía hace pocos años Carrasco Perera (*El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, pág. 134) en una visión un tanto pesimista de un fenómeno que a nosotros no nos parece necesariamente negativo.

¹⁰ Agudamente observa Lorenzetti, R., a propósito de la tutela civil inhibitoria, que “actualmente, con el fenómeno de la difusión del poder, que supone la titularización individual y difusa como modo de actuación social, proporcionan un nuevo paradigma de análisis de estas nuevas herramientas” (“La tutela civil inhibitoria”, en *La Ley -Argentina-*, 1995, pág. 1218).

¹¹ Alterini-Ameal-López Cabana, *Derecho de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 307. Seguí-Japaze-Amenábar, “Prevención y reparación de los daños ambientales en el proyecto de Código civil de 1998”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 4, 1999, pág. 20.



3º) Tal función preventiva poco o nada tiene que ver con la punición y, por ello, el Derecho civil puede perfectamente cumplir una finalidad preventiva de daños, sin necesidad de acudir para ello al castigo que, obviamente, sí queda fuera de su ámbito de actuación. De manera extensa e irrefutable han demostrado ya Salvador-Castiñeira que “prevenir y castigar no son expresiones sinónimas, pues si bien castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto, ya que no todas las normas y disposiciones jurídicas que tratan de prevenir... mandan castigar a quien las incumple”¹². En este punto coincidimos con la primera tesis mantenida en su conocida y brillante obra ya mencionada, a la que me remito; por el contrario, discreparemos más adelante de algunas de las conclusiones que allí se alcanzan a partir de tal premisa.

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

4º) Esa función preventiva no es meramente un ideal humanista, sino que resulta también eficiente¹³ desde el punto de vista económico¹⁴. Es bien

sabido que el objetivo central del análisis económico del Derecho de daños es la reducción al mínimo del “coste de los accidentes”¹⁵, o sea, la suma total de los recursos empleados en prevenir y resarcir los perjuicios. Un importante esbozo teórico en la búsqueda de un camino conducente a lograr ese objetivo ha venido siendo la definición de un concepto económico de negligencia, que permita optimizar el coste total de las indemnizaciones, a base de mantenerlo en un nivel no inferior a los costes de prevención (lo que sería un derroche de recursos preventivos) ni superior a éstos (en cuyo caso resulta más caro “curar que prevenir”). Si bien se mira, tal es el sentido último de la famosa fórmula Learned Hand¹⁶.

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

Pero no hace falta acudir a tal argumentación indirecta para deducir la rentabilidad económica de la prevención de los daños futuros. Existe una segunda vía mucho más directa para la consecución de aquel objetivo económico de reducción del coste de los accidentes, y que radica en la idea central de Calabresi: asignar (previa su determinación) el coste de los accidentes al ejercicio de las actividades que los causan,

¹² SALVADOR CODERCH-CASTIÑEIRA PALOU, *op. cit.*, *passim*. El texto transcrito es de la pág. 10, y se desarrolla y argumenta especialmente en sus págs. 107, 110 y 113-115.

¹³ Vid. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, *Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843 y ss.

¹⁴ Con su peculiar agudeza lo expresa DIEZ-PICAZO: “Al lado de la prevención como impulso psicológico aparece la prevención como actividad racional del *homo economicus*: si los costes de prevención de los accidentes se mantienen en cotas adecuadas y los paga quien razonablemente deba hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de los costos de los accidentes” (*Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 48).

¹⁵ Por utilizar la archiconocida expresión de CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la Responsabilidad Civil*, trad. esp. BISBAL MÉNDEZ, Ariel, Barcelona, 1984. Vid. también SCHÄFER-OTT, *Manual de Análisis Económico del Derecho*, trad. esp. VON CARSTEN-LICHTERFELDE, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 98 y ss.

¹⁶ La archiconocida fórmula del juez Learned Hand aparece citada y explicada por doquier, por lo que basta aquí remitir a POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4ª ed. Boston-Toronto-London, 1992, págs. 147 y ss.; SCHÄFER-OTT, *op. cit.*, págs. 109 y ss.; PAZ-ARES, “La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)”, en A.D.C., 1981, págs. 654 y ss.; GÓMEZ Y PASTOR, “El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, en A.D.C., 1990, págs. 495 y ss. SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 133 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, págs. 68 y ss.; DIEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, cit., págs. 210 y ss. Junto a dicha regla, se manejan otras variantes como la del *cheapest cost avoider* o el *cheapest insurer*. El fracaso teórico de dicha fórmula, tan sugestiva a primera vista, se pone de relieve de forma aplastante cuando se demuestra que el sujeto dañador, tras realizar sus cálculos, ha decidido que es económicamente “más eficiente” causar determinado daño que gastar en prevenirlo. Sobre todo si dicho daño afecta a derechos esenciales. Baste recordar el célebre caso del Ford Pinto en los EEUU.



y por tanto, imputar el pago de dicho coste a quienes realizan tales actividades. Y es innegable que con ello se persigue y se consigue un efecto de “prevención general” de los daños, a través del mercado y el sistema de precios. La idea no es difícil de entender: el traslado (o reflejo) del coste del accidente (o sea, de la indemnización) al precio de una actividad, provoca un doble efecto. Por una parte, el mayor precio disuade a parte de los eventuales dañadores para que no realicen la actividad en cuestión. Y por otra, convierte en rentable la inversión en prevención¹⁷.

3.- Antítesis: la discutida (y difícilmente sostenible) función preventiva de la responsabilidad civil

3.1.- La pretendida multifuncionalidad de la responsabilidad civil

La contundencia de los anteriores argumentos, difícilmente discutibles, ha llevado a un importante sector de la doctrina a reclamar una función preventiva de la responsabilidad civil¹⁸. La afirmación de tal finalidad se enmarca normalmente dentro de una teoría que podríamos denominar de la multifuncionalidad de la responsabilidad civil. Así, frente a quienes venimos defendiendo la exclusiva función reparadora de dicha institución¹⁹, por destacados autores se afirma que el Derecho de daños cumple una

¹⁷ El tema se explica y desarrolla extensamente en SCHÄFER-OTT, *op. cit.*, págs. 98 y ss.; y en DIEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, págs. 212 y ss., con amplias citas de ATIYAH.

¹⁸ Quienes con mayor rigor lo han hecho en España han sido SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit., passim*, a los que, por ello, seguimos en este punto. Puede verse también PINTOS AGER, *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Barcelona, 2000, págs. 47 y ss.

¹⁹ A esa línea de pensamiento me adscribo de manera clara y rotunda, como expuse en la anterior versión de este trabajo, y profusamente en LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, págs. 85 y ss. Mucho antes, y seguramente con mejor fundamento, lo han hecho otros. Por todos, DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil, cit.*, p. 60; PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al artículo 1902”, *Comentarios del Código civil* (dir. Paz-Ares./ Díez Picazo./ Bercovitz y Salvador Cordech), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991-II, pp. 1971 y ss.



múltiple función, que va más allá de la meramente indemnizatoria²⁰:

a) Demarcatoria, en cuanto delimitación de las fronteras que separan los ámbitos de la libertad de actuación y los de protección a determinados bienes e intereses, que por esta razón entrañan límites a la libertad²¹.

b) Compensatoria, o sea, la genuína finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil.

c) Distributiva de la estimación económica del daño, sea *ex ante* (incentivando la contratación de un seguro de responsabilidad civil), sea *ex post* (forzando, mediante la indemnización, la

transferencia de recursos del dañador a la víctima)²².

d) Preventiva, dirigida a evitar o minimizar los costes de los accidentes incentivando comportamientos eficientemente precavidos²³. Así, se dice que “deberá compensar quien no fue precavido” (o sea, una suerte de prevención general), y que “por ello, decidirá serlo en el futuro” (es decir, la prevención especial). Y que tal función preventiva no necesariamente ha de identificarse con la punición, pues la disuasión de los comportamientos dañosos no viene de la sanción o castigo, sino del establecimiento de una indemnización tal que a la víctima le hubiera resultado indiferente sufrir el daño y cobrar la indemnización, que no sufrir aquél ni cobrar

²⁰ Junto a los citados en la nota anterior, sobre la función de la responsabilidad puede verse TUNC, *La responsabilité civile*, cit., págs. 133-161; DIAS-MARKESINIS, *Tort Law*, 2ª ed., Oxford, 1989, *passim*; LARROUMET, *Réflexions sur la responsabilité civile (évolution et problèmes actuels en droit comparé)*, Montreal, 1993, págs. 12 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., págs. 60 y ss.; *idem*, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 19 y ss.; DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 42 y ss.; PANTALEÓN, “Comentario al art. 1902 del CC”, en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1971 y ss.; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G., “Función actual de la responsabilidad civil”, en *Derecho de Daños, Homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, dir. Trigo Represas-Stiglitz, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 37 y ss. Y muy recientemente, en nuestra doctrina, CASAS PLANES, M.D., “La función de la responsabilidad civil (referencia especial a su controvertida función penal: los *punitive damages* en el Derecho anglosajón)”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, julio-agosto 2005.

²¹ CANARIS, en el capítulo de Derecho de daños de la última edición del *Lehrbuch des Schuldrechts* de LARENZ, afirma que “el problema fundamental de todo derecho delictual consiste en la relación de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad de actuación” (pág. 350). Conforme con esta función de demarcación se manifiesta DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., págs. 43-44.

²² Sobre esta función distributiva, puede verse nuevamente SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 107 y ss. Y en contra de la misma, de manera contundente, PANTALEÓN, “Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas”, en *Documentación Jurídica*, nº 81, págs. 171 y ss., Mº Justicia, Madrid, 1995.

²³ Ya André TUNC incluyó entre las funciones de la responsabilidad civil la de “prevención de comportamientos antisociales” (*La responsabilité civile*, cit., págs. 135 y ss.).



ésta (compensación perfecta)²⁴. Sin embargo, aun reconociendo que las condenas civiles conservan un efecto disuasivo real aunque estén garantizadas por un seguro, no podemos obviar que la disuasión de comportamientos antisociales cuando se realiza en el nivel individual tiene escasos resultados: la mayoría de los accidentes se producen por el uso de cosas peligrosas y los efectos son casi siempre imputables al azar o a la imperfección técnica de los objetos o a las dificultades del hombre para conocer sus mecanismos²⁵.

e) Punitiva, dirigida a reprochar, reprimir o castigar los comportamientos dañosos una vez que éstos han tenido lugar. Resulta muy llamativo que la proclamación de esta función haya vuelto a abrirse camino entre una parte de la doctrina española, ya ciertamente algo numerosa, empeñada en resucitar aquellos *punitive damages* del Derecho inglés, que se suelen traducir a la lengua castellana como “daños punitivos”, aunque nadie podrá negar que lo que resulta “punitivo”, según tal teoría, es la indemnización y no los mismos daños²⁶. La evidente (aunque algunos no lo vean, epatados por el supuesto exotismo de los punitive) falta de identificación entre prevención y punición lleva, sin embargo, a los autores más rigurosos a no mencionar esta función punitiva, pese a admitir la función preventiva²⁷.

f) Satisfactiva, tendente a buscar la satisfacción de la víctima y, su contrafigura, la expiación por parte del dañador. En realidad, no deja de ser una variante atenuada de la mencionada función punitiva, y se ha formulado como la “teoría de la función de satisfacción o desagravio”, derivada de la doctrina alemana de la *Genungtungfunktion*²⁸. Esta teoría se basa en el criterio de que la responsabilidad civil ha de operar como una reacción frente al daño “injusto”; y, por ello, debe valorar y reparar el daño no sólo desde un punto de vista estrictamente material, sino también desde un punto de vista jurídico²⁹. A partir de dicha valoración jurídica, se admite que el alcance de la reparación puede superar la extensión del daño, al tomar en cuenta otros factores jurídicos como la gravedad de la lesión, la alteración del orden jurídico, e incluso el enriquecimiento obtenido por el agente del daño. Y, al mismo tiempo, se reconoce que la “cesación de la actividad” fuente del daño responde a una función satisfactiva de la “reparación” que supera la mera compensación, dirigiéndose a la completa restauración del orden jurídico perturbado. No dejan de alzarse voces críticas a esta versión atenuada de los *punitive damages*, que, como éstos, provoca un enriquecimiento injusto en la víctima por valor de la reparación que exceda del daño efectivamente producido³⁰.

²⁴ SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 113 a 115.

²⁵ Así lo pone de relieve VINEY (*op. cit.*, págs. 51).

²⁶ Sobre el tema puede verse TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, pág. 85; PROSSER-KEETON, *On the Law of torts*, Saint Paul, Minnesota, 1984, págs. 9 y ss.; muy críticamente, VINEY-MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Paris, 1985, págs. 57 y ss.; FLEMING, *The American Tort Process*, Clarendon Press, Oxford, 1988, págs. 213 y ss.; OWEN, “A punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, en *Punitive Damages (Symposium)*, 39 *Villanova Law Review* (1994), págs. 353 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, *cit.*, pág. 62; PIZARRO, “Detrás de las noticias (acerca de la prevención del daño derivado de la actividad de los medios masivos de comunicación)”, en *Responsabilidad por daños, homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Dir. Bueres, I, págs. 43 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, 1993, pág. 40; SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 163 y ss.; SALVADOR CODERCH, “Punitive Damages”, en *Indret*, 1/00 (www.indret.com), y la bibliografía allí citada. Existe un reciente y buen resumen de la cuestión en CASAS PLANES, M.D., “La función de la responsabilidad civil (referencia especial a su controvertida función penal: los *punitive damages* en el Derecho anglosajón)” *cit.*

²⁷ Es el caso de SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, *passim*.

²⁸ FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, trad y notas por ROCES, Madrid, 1927, pp. 255-267.

²⁹ La teoría ha sido brillantemente expuesta y defendida en España por Sáinz-Cantero Caparrós, M.B., *op. cit.*, págs. 26 y 134; y se ha seguido también por Casas Planes, *op. cit.*, pág. 14.

³⁰ MANNA, A., “Il risarcimento del danno fra Diritto civile e diritto penale”, *Indice Penales*, 1991, págs. 587-614; y SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, pág. 38.



3.2.- Discusión

Sin embargo, frente a todas esas pretendidas funciones que exceden a la meramente reparadora o resarcitoria en general, y particularmente en contra de la finalidad preventiva de la responsabilidad civil, se oponen serias objeciones, basadas en poderosos argumentos³¹, que excluyen con toda claridad la función preventivo-punitiva de la misma y, en el caso de la responsabilidad contractual, una supuesta función de reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado³², así como la función de evitar el enriquecimiento del deudor por efecto de su incumplimiento³³.

De todos esos argumentos, el primero y fundamental estriba en la circunstancia de que la indemnización no se gradúa en función de la gravedad de la conducta dañadora ni, eventualmente, de la reprochabilidad de la misma, sino con arreglo a la entidad del daño. Lo que, a mi juicio, resulta absolutamente cierto, aun sabiendo que, al menos en el caso de la responsabilidad contractual, cuyos preceptos, por lo demás, se aplican siempre sin demasiado escrúpulo a la extracontractual, encuentra una grave objeción en los artículos 1103 in fine y

1107, si es que se interpretan los mismos de manera literal, en el sentido de admitir una graduación de la responsabilidad con arreglo a la “gravedad” de la conducta del deudor. Lo que sucede es que ciertamente, tal interpretación resulta hoy ya insostenible³⁴: Si aceptamos que el “deudor de buena fe” incluye a todo deudor no doloso y, por tanto, también al deudor culposo o negligente³⁵, la lectura a primera vista del artículo 1107, sugiere que aquél responde de los daños que cumplan dos requisitos, uno de causalidad (“consecuencia necesaria”) y otro de previsibilidad (“previstos o previsibles”), y además esa responsabilidad puede “moderarse” a tenor del artículo 1103; mientras tanto, el deudor doloso respondería de todos los daños causados (aun no previstos ni previsibles), sin posibilidad de moderación judicial. Sin embargo, la interpretación moderna del precepto razona con arreglo al siguiente silogismo: 1º) Si los daños previstos o previsibles (en sentido jurídico, no filosófico) no son otra cosa que las consecuencias necesarias del incumplimiento. 2º) Y el deudor doloso responde de todos los daños (en sentido jurídico), es decir, de las consecuencias necesarias del incumplimiento. 3º) Se concluye que el quantum indemnizatorio acaba siendo el mismo, sea el deudor de buena

³¹ Argumentos que han sido expuestos convincentemente y con detenimiento por PANTALEÓN, “Comentario al art. 1902 del CC”, *cit.*, págs. 1971 y ss. Vuelve sobre ellos el mismo autor, con singular gracejo, profusión de argumentos críticos frente al análisis económico de la responsabilidad civil (y algunas inolvidables reflexiones sobre la responsabilidad de las Administraciones por daños fortuitos), en “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil...*, *cit.*, págs. 439 y ss.

³² Sobre ello, casi exclusivamente, acaba versando mi libro *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, *cit.*, al que no puedo dejar de remitirme en este punto. Esa función sustitutiva, tan necesaria para el significado del concepto de obligación y que magníficamente cumple la estimación (artículos 482, 861, 863, 886, 1062, 1136, 1147, 1150, 1185, etc. del CC), nunca puede ser satisfecha por la indemnización de daños y perjuicios. Ésta es inidónea para dicha función, y para la perpetuación obligatoria. Y ello, como se ha señalado agudamente, porque la subsistencia de la obligación supone: a) la permanencia del vínculo, con un único cambio del objeto (devenido imposible o inidóneo) por su valoración económica, b) la intangibilidad de la fuente obligatoria, y c) el mantenimiento del objeto; y la indemnización no cumple ninguno de ellos, pues tiene su fuente propia en los daños y en el factor de atribución, tampoco puede ocupar el lugar del objeto de la prestación, y además esa no es su función, sino la de compensar los daños que se han seguido del incumplimiento de la primitiva obligación (BADOSA, *La diligencia...*, *cit.*, págs. 864, 891 y 893).

³³ De hecho, creo acertada la opinión de CARRASCO PERERA, A. (Comentario al artículo 1101 del CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T.XV, vol. 1º, Edersa, 1989, págs. 374 y ss., pág. 668), y criticada por PANTALEÓN (“El sistema...”, *cit.*, pág. 1002), según la cual “no existe principio alguno en virtud del cual el deudor deba el beneficio que obtiene del incumplimiento”. Una cosa es sostener la posibilidad de aplicar el artículo 1186 tanto al *commodum ex re* como al *commodum ex negotiatione*, que comparto, y otra distinta facultar al acreedor para reclamar como *daño emergente* la cuantía del beneficio que haya podido reportar al deudor el incumplimiento de la obligación. La clave del daño está en la satisfacción-insatisfacción del derecho de crédito, o del interés que el acreedor tiene en el mismo, y no en la órbita de los intereses o el patrimonio del deudor. Preferimos, con DIEZ-PICAZO, “cargar el acento en la perspectiva de la satisfacción o de la violación del derecho de crédito, preguntándonos en qué medida el acreedor ha quedado o no satisfecho” (*Fundamentos...*, *cit.*, pág. 568). Paralelamente, existen lesiones del derecho de crédito, daños al acreedor, que no reportan beneficio alguno al deudor, y no por ello dejan de ser indemnizables.

³⁴ La cuestión ha sido objeto de un minucioso y brillante estudio de LEÓN GONZÁLEZ, J.M., lamentablemente aún inédito, titulado *Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento*. Y también se estudia con calma por el propio PANTALEÓN (“El sistema...”, *cit.* págs. 1023 y ss.).

³⁵ Tal es la opinión mayoritaria en toda la doctrina, con la notable excepción de DIEZ-PICAZO en sus *Fundamentos...*, *cit.*, *passim*.



fe o doloso. Y según esto, el artículo 1103 quedaría reservado para aquellos casos en que el daño, siendo previsible, ha resultado mucho mayor del previsto³⁶.

Junto a dicho argumento, se alzan otros como la natural transmisibilidad de la acción civil a los herederos de la víctima, la asegurabilidad de la responsabilidad civil, la inaplicación a dicha responsabilidad de los principios de retroactividad de la ley más favorable, etc³⁷. Todos ellos demuestran que cuando se traslada la indemnización a personas distintas del dañador y la víctima, obviamente no cabe hablar ni de punición, ni de prevención (especial, al menos), ni de reintegración del crédito lesionado, ni cosa parecida.

Pues bien, en otro lugar he razonado mi total coincidencia con esta noción funcional de la responsabilidad civil exclusivamente resarcitoria, reparadora del daño, predicable tanto de su vertiente contractual como de la extracontractual³⁸. Comparto sin fisuras que la función de la responsabilidad no es ni punitiva y preventiva, sino puramente indemnizatoria. En general, parece tenerlo claro también nuestra jurisprudencia. Basten como ejemplo las palabras de la STS 28 abril 1955³⁹: “la indemnización de los perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por

ello, si el causante del perjuicio debe repararlo, tiene que hacerlo en su totalidad para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación”.

Sin embargo, también he considerado aconsejable no sostener tal criterio con excesivo radicalismo, sobre todo si se desea ser fiel a la realidad y se observa el funcionamiento de la responsabilidad a la luz de la historia y de la jurisprudencia. El peso de la tradición, impregnada de las sanciones de la Lex Aquilia y la *condemnatio pecuniaria*, por una parte, e incluso de la prisión por deudas en nuestro Derecho histórico⁴⁰, hace que siempre planee sobre nuestra responsabilidad civil un cierto paralelismo entre el “delito civil” y el delito penal. Y también una cierta remembranza entre la “compensación” que conlleva el primero, y la pena del segundo, en orden a sus funciones retributiva, reinsertadora y preventiva en su doble vertiente general y especial. No olvidemos que, en su origen romano, tanto la *actio legis Aquiliae* como la *actio in factum accomodata legi Aquiliae*, se dirigían a que el culpable abonase el máximo valor que la cosa tuviese en el año anterior o en el mes precedente, sin demasiada atención al verdadero daño. Y que fueron, ya en el *lus Commune*, las aportaciones de los doctores de Derecho canónico las que tiñeron la indemnización de esa función exclusivamente reparadora⁴¹.

³⁶ Para los precedentes y Derecho comparado, en relación con el artículo 1107, es ineludible la consulta del comentario al mismo en CARRASCO, *Comentarios, cit.*, págs. 710 y ss.

³⁷ El tema, con referencia extensa al pensamiento de Pantaleón, lo trato con detenimiento en Llamas Pombo, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor, loc. cit.*

³⁸ Díez-Picazo (*Fundamentos...*, *cit.*, II, pág. 568) rechaza que se pueda englobar el incumplimiento de la obligación dentro de la noción del ilícito civil, para ponerlo en paralelo con los supuestos de la llamada responsabilidad aquiliana. Y argumenta tal criterio en que tal noción de ilícito exige buscar la existencia de antijuricidad y de culpabilidad como elementos del ilícito. Sin embargo, no creemos que difieran tanto los elementos materiales que generan una y otra vertiente de la responsabilidad. Para afirmar la existencia de un incumplimiento obligacional, no es necesario preguntarse por la antijuricidad de la conducta; como tampoco lo es para que un acto u omisión genere responsabilidad aquiliana, pues la antijuricidad en realidad se predica como requisito del daño, no de la conducta. Y por otra parte, si efectivamente la culpabilidad no es necesaria (ni siquiera útil) para definir aquel incumplimiento, tampoco se requiere forzosamente para que un acto u omisión dañoso determine una obligación de resarcimiento en el ámbito extracontractual. En suma, si para definir el concepto de “ilícito civil” requerimos antijuricidad y culpabilidad de la conducta, tendremos que concluir que ni el incumplimiento contractual ni el acto u omisión dañoso encajan en ese concepto de “ilícito”. Y si obviamos tales requisitos, habremos de convenir en que tanto el incumplimiento como dicho acto u omisión constituyen tales ilícitos civiles.

³⁹ RJ Aranzadi 1555.

⁴⁰ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”, en *A.H.D.E.*, 1960, págs. 249 y ss.

⁴¹ Esa evolución se estudia detenidamente en DE CUPIS, A., *Il danno, cit.*, págs. 750 y ss.



En todo caso, es preciso reconocer que ese regusto punitivo se compadece poco con un moderno concepto de responsabilidad civil, que tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual mira esencialmente al resarcimiento y satisfacción de los derechos del acreedor o de la víctima, y se preocupa poco de la figura del deudor o dañador. Y no parece tener mucho sentido iniciar un camino de regreso, en sentido inverso al de la mencionada evolución. Sin embargo, parece como si, de manera muy secundaria o especular⁴², como mero reflejo de la responsabilidad penal, el deudor debiera sufrir las consecuencias de su incumplimiento, no sólo para resarcir del daño al acreedor (como la pena compensa a la sociedad, en cierto modo la resarce), en su primordial finalidad, sino también para evitar ejemplarmente que siga cometiendo en el futuro actos de insolvencia (como la pena previene a la sociedad del delincuente a buen resguardo -prevención especial- y de nuevas y distintas agresiones, salvaguardando el bien común -prevención general-), y también para ser sancionado o retribuido, pues conviene que no proliferen las conductas que, con dolo o culpa, incurran en mora, contravengan el tenor de las obligaciones, con daño al acreedor, a la economía y al crédito. Si observamos hoy la proliferación de condenas por responsabilidad civil, el imparable auge de la responsabilidad objetiva, y la elevada cuantía de aquéllas, tenemos que admitir que, como efecto secundario o inducido, la responsabilidad civil no sólo repara o indemniza, sino que día a día adquiere cierto carácter retributivo, disuasorio, de prevención de conductas antisociales y dañosas. Por otra parte, como la tendencia criminalística apunta a la suavización de las penas, a veces resulta más

conminatoria una suerte de “pena civil” (“rascarse bien el bolsillo”), que una condena estrictamente penal. No obstante, habrá siempre una distinción fundamental: la denominada pena civil, por principio, no reinserta o redime al infractor.

Llegados a este punto, resulta inevitable una reflexión, por breve que sea, acerca de la ya mencionada figura de los *punitive damages*, que ha sido acertadamente calificada como “uno de los factores que demuestran las invasiones recíprocas que se están produciendo entre los dos órdenes de responsabilidad, civil y penal”⁴³. Como es bien sabido, viene a consistir en una indemnización que llega más lejos de la mera finalidad reparadora (o sea, paradójicamente una indemnización que no indemniza), sino que persigue un objetivo aflictivo muy similar a la pena; y se utiliza sobre todo en aquellos casos en que el beneficio o provecho obtenido por el dañador como consecuencia de la conducta lesiva, supera con mucho el mero importe en que se cifra la reparación del daño sufrido por la víctima. Por ejemplo, la lesión del derecho a la intimidad de un ciudadano por una revista sensacionalista, que con motivo del reportaje o artículo obtiene unos beneficios adicionales sensiblemente superiores a la mayor de las indemnizaciones que, por lesión del derecho a la intimidad, pueda acordar un tribunal. Rancia institución del Common Law, y fuertemente criticada durante años tanto en Inglaterra (donde prácticamente han sido suprimidos desde el caso *Rookes v. Barnard*⁴⁴) como en EEUU, parece que en los últimos tiempos vuelve a cobrar cierto vigor, como se ha puesto de manifiesto tanto en la protección de ciertos derechos fundamentales en el Reino Unido, como en los famosísimos pleitos

⁴² Admite ese efecto secundario el propio PANTALEON, en su comentario al artículo 1902, en *Comentario del Código Civil*, T.II, cit., págs. 1971 y ss. Y también DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Madrid, 1993, pág. 60.

⁴³ YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., pág. 40. En la anterior nota 27 menciono alguna bibliografía básica sobre el tema.

⁴⁴ Según recuerda DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., pág. 63. En efecto, en Inglaterra los *punitive damages* conocieron cierta expansión hasta que una decisión de la Cámara de los Lores de 1964 (*Rookes v. Barnard* 1964 –AC 1129-) redujo su ámbito de aplicación a tres hipótesis que se interpretan de modo restrictivo: a) cuando así lo dispusiera una ley; b) respecto a los actos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de un funcionario; y, c) en el caso en que el demandado hubiera calculado que el beneficio sacado de su conducta sería superior a la reparación a la que podría ser condenado.



seguidos en EEUU por los afectados del cáncer de pulmón contra las compañías tabaqueras, en algunas reclamaciones derivadas de intromisiones en los derechos al honor y a la intimidad, y también en algunos supuestos de daños al medio ambiente⁴⁵. Así, en el Derecho americano se prevé explícitamente, la concesión de los daños punitivos, por ejemplo, en los supuestos de inmisiones vecinales siempre que la molestia haya sido causada “intentionally, willfully or maliciously”, penando así la conducta del dañador que actuó con una negligencia muy cualificada o intencionadamente⁴⁶; si bien, hay que mencionar que las legislaciones estatales americanas han adoptado, sobre todo, tres tipos de técnicas para limitar los punitives damages: a) los baremos en el sentido de no poder superar el triple de la indemnización compensatoria o que han

de mantener una relación razonable con la indemnización compensatoria; b) la atribución de parte, usualmente entre el 50% y el 75%, de su importe a una agencia estatal o a un fondo especial; y c) la bifurcación de las resoluciones sobre compensación y sanción, a solicitud del demandado y en distintas fases del proceso⁴⁷.

Pues bien, pese a las numerosas, autorizadas y bien documentadas opiniones que vienen propugnando la importación a nuestro ordenamiento de tan exótica figura, no dejo de seguir encontrando serias objeciones para admitir con un mínimo rigor tales “daños punitivos” (según la denominación que a menudo se da en lengua castellana a esos punitive damages, fruto de una apresurada traducción) en nuestro Derecho. Quienes propug-

⁴⁵ Explican SALVADOR CODERCH, (*Punitive Damages*, cit., pág. 6) y CASAS PLANES, (*op. cit.*, pág. 20) cómo a partir de los años sesenta se ha producido una nueva expansión en el ámbito de aplicación de los daños punitivos por el Derecho inglés, interpretándose los criterios de excepción laxamente por los Tribunales; e, incluso, en tiempo reciente, un informe de una *Law Comisión* sobre indemnizaciones por daños y perjuicios ejemplares y graves ha recomendado la recuperación de los *punitive damages*, a imponer por un Juez nunca por el jurado, con el objeto de colmar las lagunas que deja el Derecho penal en muchos ámbitos. En dirección parecida, explica la última autora mencionada, la jurisprudencia americana aplica los *punitive damages*, sobre todo, a quien daña a la competencia leal, ya que el legislador americano no ha dudado en aumentar notablemente su carácter disuasivo decidiendo que todo agente condenado debería pagar a la víctima el triple del daño sufrido por el mismo. Así, de los estudios empíricos realizados en USA para analizar la praxis de los Punitive damages se desprende, entre otros datos, que, si bien la proporción y el importe de los veredictos condenatorios de tales daños son bajos (2% en responsabilidad del fabricante; 3% en negligencias médicas; 19% en difamación; 30% fraude; 21% derecho laboral; 27% derecho de contratos) y varía según la jurisdicción, los mayores incrementos en los veredictos condenatorios tienen lugar en pleitos contra empresas por pérdidas puramente económicas causadas dolosamente, y no en casos de litigación por daños corporales. Además, en los casos en los que existe la amenaza de ser condenado a estos daños la probabilidad de transacción es mayor.

⁴⁶ Vid. MACÍAS CASTILLO, A., *El daño causado por las inmisiones*, La ley, Madrid, 2004, pág. 325.

⁴⁷ SALVADOR CODERCH, P., “*Punitive damages*”, cit, pág. 8.



nan aquella teoría continúan atribuyendo explícitamente a la indemnización una triple misión: 1) sancionar al dañador; 2) prevenir sucesos lesivos similares; y 3) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa⁴⁸. Pues bien, hay que señalar que la segunda no es propiamente una finalidad punitiva, sino más bien preventiva; y la tercera bien pudiera encuadrarse dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa. Esas objeciones las he planteado en otro lugar bajo la forma de preguntas, para las que no acierto a encontrar respuesta satisfactoria, pues lo cierto es que, antes de incorporar la institución a nuestro Derecho, sería bueno recordar “diez enigmas sin resolver”⁴⁹:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No se puede negar que, de forma inducida o secundaria, la responsabilidad genera un cierto

⁴⁸ Vid. CASAS PLANES, *op. cit.*, pág. 23 y la bibliografía allí citada.

⁴⁹ LLAMAS POMBO, “De nuevo sobre la función de la responsabilidad civil”, editorial nº 20 *Revista Práctica Derecho de Daños*.



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

Ciertamente, tales argumentos sirven más para combatir la pretendida finalidad punitiva (o sea, para demostrar que la responsabilidad civil no es responsabilidad penal), que para negar la función preventiva⁵⁰. De manera que si se separa el principio de prevención de la idea de castigo, pierden parte de su vigor. Pero no totalmente. Todo lo que sea prevenir conductas a basa de una actuación ex post facto, como es la indemnización, no deja de parecernos un tortuoso camino para la prevención. ¿Hasta qué punto puede hablarse de “prevención general” cuando la amenaza indemnizatoria no se misura en función de la conducta dañadora, sino de la entidad del daño? Si de lo que se trata es de prevenir verdaderamente, ¿no será mejor hacerlo antes de producirse ninguna suerte de daño, que esperar a que éste se produzca para operar a través del mecanismo indemnizatorio? ¿No es preferible prevenir directamente, prohibiendo o inhibiendo las conductas dañadoras que hacerlo de manera indirecta amenazando con la indemnización?

Económicamente, el camino resarcitorio tampoco parece el más eficiente para conseguir el objeti-

vo preventivo del Derecho de daños expresado en el epígrafe anterior. De hecho, por más que persigan una finalidad (económica) preventiva, las dos vías utilizadas por el análisis económico del Derecho de daños mencionadas más arriba acaban buscando la optimización económica tomando en consideración la variable “indemnización”. Y resulta que también desde el punto de vista económico puede llegar a resultar ineficaz un sistema preventivo basado en los costes de reparación. Con agudeza lo explica Lorenzetti: “Las indemnizaciones no hacen justicia por sí solas, y pueden contribuir a aumentar los daños. La existencia del seguro, el efecto cascada en los mecanismos de precios, hacen que (el coste de) las indemnizaciones se traslade, y si se mantienen en un límite razonable, son un buen negocio. De este modo, (el sistema de responsabilidad civil) se transforma en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad”⁵¹. También lo ha puesto de relieve Díez-Picazo: “si el costo de ser precavido es muy alto y es alto el beneficio que se obtiene de no serlo, porque las indemnizaciones se van a mantener en márgenes aceptables, la idea de que quien no fue precavido y por ello fue condenado, decidirá serlo en el futuro, es una idea que en términos generales es de difícil aceptación”⁵².

4.- Síntesis: tutela civil inhibitoria y responsabilidad civil, dos ámbitos distintos del Derecho de daños.

Lo que vengo proponiendo desde la anterior versión de este trabajo⁵³ es un intento dialéctico de superar el debate planteado en los dos anteriores

⁵⁰ Como argumentan, con razón, SALVADOR-CASTIÑEIRA, *op. cit.*, págs. 152 y ss.

⁵¹ LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, *cit.*, pág. 1217.

⁵² Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, *cit.*, pág. 48.

⁵³ La idea, obviamente, no me pertenece, pues ya ha sido insinuada por voces mucho más autorizadas. Algo parecido a lo que aquí propongo ha sido ya apuntado también en nuestro país por R. DE ANGEL YAGÜEZ, en términos que vale la pena transcribir: “En efecto, creo que si por responsabilidad civil entendemos lo que siempre hemos interpretado, su función no puede ser otra que la de reparación del daño causado, sin perjuicio de que de forma indirecta despliegue otras, como pueden ser la sancionadora o la de prevención. Lo que sucede es que no podemos, a mi juicio, seguir planteándonos la pregunta a la luz de un concepto, por así decirlo, clásico de la responsabilidad civil. Parece más adecuado formularse la cuestión en un ámbito más amplio, como podría ser el de la reparación de los daños. Es aquí donde a mi entender se manifiesta la mayor corrección, en el aspecto terminológico, de la expresión *Derecho de daños*... Si se desgaja del fenómeno de los *daños*, como hoy parece inexcusable, la idea de responsabilidad en su acepción clásica..., no hay ningún inconveniente en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva, y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras” (*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, *cit.*), págs. 230-231.



epígrafes. Admitida la necesidad de un instrumento preventivo de los daños dentro del ordenamiento jurídico privado, y rechazada la bondad del (indirecto y amenazante) mecanismo indemnizatorio para conseguirlo, es preciso establecer un camino que, de manera directa, permita impedir las conductas dañosas y promover los comportamientos minoradores de los efectos del daño. Y esa vía no puede ser otra que la llamada tutela civil inhibitoria aplicada al daño. Camino, por tanto, distinto de la responsabilidad civil, para la que reservamos su genuina finalidad reparadora, pero que puede ser incardinado perfectamente dentro del moderno Derecho de daños, el cual viene a asentarse así sobre dos pilares: 1º) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria. 2º) La responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria⁵⁴. El principio *alterum non laedere* preside el Derecho de daños; pero no debe traducirse sólo como “el que causa un daño debe repararlo” sino también como “el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten”⁵⁵.

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

medidas preventivas adoptadas o dejadas de adoptar, sino de la extensión del daño producido? Nada se opone a separar dos categorías de daños, y brindarles tratamientos diferenciados: uno, el daño amenazante, y otro, el daño irrogado⁵⁶.

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

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

Se trata de algo parecido a lo sucedido históricamente con la responsabilidad civil, que evolucionó desde la inexistencia de un principio general de responsabilidad en Derecho romano, que sólo conoció acción contra particulares daños⁵⁷, hacia la generalización que supuso alcanzar la atipicidad del ilícito y la proclamación de que “todo daño debe resarcirse” en los códigos civiles de la órbita napoleónica, por influencia del pensamiento de Grocio y las enseñanzas del

⁵⁴ Aunque exento de los graves problemas que atenazan a la doctrina italiana en torno al concepto de “ilícito” y antijuricidad, el esquema es similar al planteado por PIETROBON: “In sostanza, l'illecito sarebbe sempre el medesimo, consisterebbe essenzialmente in una violazione o trasgressione della legge che provocherebbe la sanzione consistente nell'azione inhibitoria, alla quale si aggiungerebbe, in presenza di un danno, di una imputabilità del soggetto e di una sua colpa, l'obbligo di risarcimento” (*op. cit.*, pág. 7).

⁵⁵ Si bien se mira, de los tres pilares que sustentaban la convicción romana (y, en realidad, también la contemporánea), la responsabilidad civil deriva más del “dar a cada uno lo suyo” (*sum cuique tribuere*) que del “no causar daño a otro” (*alterum non laedere*), que viene a justificar más bien esta tutela inhibitoria.

⁵⁶ Si con el resarcimiento del daño no se elimina una lesión consumada, ni se impide una nueva lesión, sino que se persigue una finalidad reparadora, se trata de crear una nueva situación que reequilibre el orden jurídico turbado por el daño (ROTONDI, “Dalla *lex Aquilia* all'art. 1151 cod.civ. Ricerche storico-dogmatiche”, en *Riv.Dir.Comm.*, 1916, pág. 956), con la tutela inhibitoria se trata de conservar y proteger una situación jurídica. *Vid.* PIETROBON, *op. cit.*, pág. 12.

⁵⁷ Con claridad meridiana lo expone VINEY, *Introduction à la responsabilité*, en *Traité de Droit Civil*, dir. GUESTIN, 2ª ed., Paris, 1995, págs. 8 y ss.



iusnaturalismo⁵⁸. En un proceso paralelo y semejante, se trata ahora de alcanzar un principio de tutela inhibitoria atípica contra toda clase de daño amenazante⁵⁹.

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

5.- Antecedentes históricos y comparados de la tutela civil inhibitoria atípica.

Ese proceso de generalización hacia una doctrina atípica de la tutela civil inhibitoria se inicia en Alemania ya desde principios del siglo XX, al constatar que la acción inhibitoria (*Unterlassungsklage*) constituye el instrumento idóneo para alcanzar los objetivos preven-

tivos del ordenamiento⁶⁰. Y se ha elaborado por vía jurisprudencial a partir del parágrafo 1004 del BGB, que contempla la acción negatoria del propietario, para extenderse a toda amenaza de daño⁶¹.

Sin embargo, es el ordenamiento inglés hacia el que han mirado todos los intentos de construcción de una tutela inhibitoria atípica. Y especialmente al “remedio” o institución de la *injunction*. En *common law*, y como en nuestra responsabilidad civil, el tort también gira fundamentalmente en torno al daño y su resarcimiento. Sin embargo, tempranamente⁶² se pone de manifiesto la insuficiencia de tal remedio para dar plena satisfacción a las exigencias del perjudicado, y comienza a abrirse camino la *injunction*, un remedio en equity, pronunciado por una *court of equity*⁶³, que goza de amplio margen discrecional. Frente a la *liability rule*, tendente al resarcimiento del daño ya irrogado, la *injunction* toma como punto de partida (igual sucede con la inhibitoria en nuestro Derecho) la *property rule*, que ya no protege preventivamente sólo la propiedad y los “bienes materiales”⁶⁴, sino que se extiende a la tutela de cualesquiera intereses y derechos⁶⁵.

⁵⁸ En efecto, en materia de responsabilidad civil la codificación abre una clara escisión entre el modelo francés, que incorpora al *Code* un genérico artículo 1382 basado en la atipicidad del ilícito (o, si se prefiere, del acto lesivo), y el modelo alemán elaborado por la pandectística e incorporado al parágrafo 823.1 del BGB, que consagra según la mayoría de la doctrina la tipicidad del ilícito, conforme a la tradición romana. En los países de *common law* se produce una evolución parecida, desde el sistema originario carente de un principio general de responsabilidad y basado en una pluralidad de remedios (*trespass*, *nuisance*, *conversion*, *deceit*, *assault*, etc.), hasta la expansión del genérico *tort of negligence* a partir de finales del siglo XIX. Sobre el tema, y a propósito de la “tipicidad y atipicidad del hecho ilícito”, puede verse FERRARI, “La contraposición entre los modelos francés y alemán”, y GALLO, “Tipicidad y atipicidad del ilícito civil en *Common Law*”, en GALGANO (Coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado*, trad. esp. GONZÁLEZ CAMPOS-VERDERA SERVER, Fund. Cultural del Notariado, Madrid, 2000, págs. 243 y ss. y 262 y ss.

⁵⁹ Sobre atipicidad de la tutela civil inhibitoria y, como veremos, en otros muchos aspectos de la misma, es clave la obra de RAPISARDA, *Profili della tutela civile inhibitoria*, Cedam, Padova, 1987. Vid. págs. 96 y ss.

⁶⁰ ELTZBACHER, *Die Unterlassungsklage. Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes*, Vahlen, Berlin, 1906, pág. 1. Vid. también HEINZE, *Rechtsnachfolge in Unterlassen*, Mohr, Tübingen, 1974, págs. 11 y ss. y la amplia bibliografía allí citada.

⁶¹ Ese recorrido jurisprudencial y doctrinal ha sido estudiado en profundidad por RAPISARDA, *op. cit.*, págs. 98 y ss. También se refiere al mismo PIETROBON, *op. cit.*, págs. 19-21.

⁶² Es viejo el dictado de COKE, según el cual *preventive justice excelleth punishing justice*. Y resulta conocida la crítica al “formalismo, tecnicismo y arbitrariedad” del *common law*, y la exigencia de un nuevo procedimiento basado en la equity, que a propósito de la implantación de un nuevo Código de procedimiento en el Estado de Nueva York, formulara el procesalista americano POMEROY, *Remedies and remedial rights*, Boston, 1876. Para conocer en profundidad el nacimiento y desarrollo histórico de la *injunction* como manifestación paradigmática de la *property rule*, vid. MATTEI, U., *Tutela inhibitoria e tutela risarcitoria*, Giuffrè, Milano, 1987, págs. 139 y ss.

⁶³ STANTON, *The Modern Law of Tort*, London, 1994, págs. 144 y ss.; STREET, *On Torts*, 8ª ed. London, 1988, pág. 475; PIETROBON, *op. cit.*, págs. 13 y ss. Obsérvese cómo sucede lo mismo en el ámbito de la responsabilidad contractual, donde el *common law* era incapaz de obtener la ejecución forzosa o cumplimiento específico de la obligación incumplida, y es en equity donde se abre paso la *specific performance*, como explicaba detenidamente y con abundante bibliografía monográfica en LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, págs. 83, 216 y 247.

⁶⁴ La *nuisance* y el *trespass*, como formas de daños contra la propiedad, son conceptos paulatinamente extendidos a toda otras especies de perjuicios, y acaban protegiéndose mediante la *injunction*. Vid. FLEMING, J.G., *An introduction to the Law of Torts*, Clarendon Press, Oxford, 1985, págs. 184-185 y 190. En efecto, frente a la *nuisance*, el demandante puede elegir entre tres remedios: *damages*, *injunction* y *abatement* (una especie de “autosatisfacción”), pero es la *injunction* la única que permite evitar el daño. Vid. DIAS-MARKESINS, *Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1984, págs. 247 y ss.; DOBBYN, J., *Injunctions*, St. Paul, Min., 1974, *passim*.

⁶⁵ FISS, O., *Injunctions*, New York, 1973, pág. 2; MATTEI, U., *op. cit.*, pág. 118.



Consiste la *injunction* en una orden, dirigida a un sujeto, capaz de evitar la consumación de un daño amenazante, ya mediante un “abstenerse”, un “no hacer” (*prohibitory injunction*), ya mediante un “hacer” (*mandatory injunction*), según las exigencias del caso⁶⁶. Tanto su contenido concreto como su misma procedencia están al alcance de un amplísimo arbitrio judicial, de forma que su atipicidad resulta máxima por venir aplicándose a los supuestos más diversos, a diferencia de lo que sucede con la tutela inhibitoria en los ordenamientos continentales, donde se circunscribe a unas cuantas hipótesis típicas⁶⁷. Buena prueba de su pura finalidad preventiva, absolutamente ajena a toda idea de resarcimiento, es que el demandado puede evitar la *injunction*, si presta un *undertaking*, es decir, el compromiso de abstenerse de los actos temidos por el actor, e incluso de dar noticia a éste de los actos necesarios para la evitación del daño amenazante⁶⁸. Por lo demás, su característica más específica y diferencial respecto de la tutela inhibitoria, es su fundamento en un poder sustancial del juez, en el sentido de que éste puede “crear” una regla jurídica mediante la *injunction*, a partir de la costumbre o de la razón⁶⁹.

En Francia, la *injunction* también ha sido objeto de una amplia aplicación a numerosos supuestos, que la doctrina ha venido configurando más como “reparación del daño futuro” que como prevención-evitación del daño amenazante⁷⁰, lo que tiene más justificación en casos como la demolición de un muro o la destrucción de ejemplares

de un libro, que en otros claramente preventivos, como la obligación de adoptar silenciadores, instalar depuradoras de humos o la prohibición a un comunero de que los clientes del restaurante pasen por el patio común. Su fundamento no puede, naturalmente, justificarse ya en el poder discrecional del juez, como en el Derecho angloamericano. Se deduce, por ello, de diversas justificaciones: los principios generales del Derecho, la exigencia de justicia, argumentos de orden procesal, el instituto consuetudinario de las *astreintes*⁷¹, etc. Pero sobre todo, es el sentido práctico (o común, si se prefiere) el que imbrica la *injunction* en la propia prerrogativa judicial de condenar al resarcimiento, como magníficamente expresan Mazeaud-Chabas: “Le législateur l’a chargé (al juez, se entiende) de la réparation des dommages et pour cette mission il lui a laissé les mains libres. Singulière conceptions que celle qui veut faire du juge une machine à chiffrer les dommages, sans lui laisser le droit de réparer autrement qu’en faisant payer!”⁷².

En Italia, sobre tales antecedentes comparados y la base que proporcionan los numerosos supuestos de tutela inhibitoria típica, tremendamente semejantes a los del ordenamiento español (tutela de aspectos concretos de la esfera personal del individuo, formas de propiedad estática, posición de la empresa en el mercado, etc.)⁷³, se ha formulado hace años ya una doctrina de la tutela inhibitoria atípica. Se afirma que no existen obstáculos para su admisión, una vez verificada la existencia de una noción de antijuricidad independiente del daño, a la

⁶⁶ STANTON, *op. cit.*, pág. 154; BAKER-LANGAN, *Snell's principles of equity*, Sweet&Maxwell, London, 1982, pág. 625: “an injunction restraining the doing or continuance of some wrongful act is called prohibitory or restrictive. An injunction to restrain the continuance of some wrongful omission is called mandatory”.

⁶⁷ FRIGNANI, A., *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, pág. 241; MATTEI, *op. cit.*, pág. 257.

⁶⁸ BAKER-LANGAN: “If the defendant gives an undertaking to the court to abstain from de acts of which the plaintiff complains, or even to give sufficient notice before attempting to act, an injunction may be refused. Such an undertaking is equivalent to an injunction, and a breach may be punished in the same ways as a breach of an injunction” (*op. cit.*, pág. 633).

⁶⁹ PIETROBON, *op. cit.*, págs. 16-17.

⁷⁰ MAZEAUD-CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil*, III, 6ª ed., Paris, 1978, págs. 273 y ss.

⁷¹ CHABAS, F., *La réforme de l'astreinte*, Paris, 1972.

⁷² CHABAS, F., *La réforme de l'astreinte*, Paris, 1972.

⁷³ RAPISARDA, *op. cit.*, págs. 82 y ss.



luz de los principios inspiradores de la tutela jurisdiccional de los derechos⁷⁴.

Por lo demás, también existe una incipiente pero rigurosa doctrina de la tutela inhibitoria atípica en Brasil⁷⁵ y en Argentina⁷⁶. Hasta el punto de que, en el último país mencionado, el Proyecto de Código civil de 1998, actualmente en fase de tramitación parlamentaria, prevé específicamente la

facultad jurisdiccional de disponer, conforme a las circunstancias, las medidas tendentes a evitar la producción de daño futuro⁷⁷.

En términos históricos, es ineludible recordar aquí la *cautio damni infecti*, conocida menos rigurosamente como *stipulatio damni non facti*, cuyo rastro en realidad se pierde en los Códigos civiles, volcados en las ideas de culpa y resarcimiento⁷⁸.

⁷⁴ Para la materia, es clave la obra que venimos citando de RAPISARDA, especialmente sus págs. 236 y ss. Sin olvidar las de DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1982, págs. 8, 9, 60 y ss.; MATTEI, *op. cit.*, *passim* (con extensa referencia al análisis económico y al ordenamiento de EEUU); LIBERTINI, M., "La tutela civile inhibitoria", en *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989, págs. 315 y ss.; MONTESANO, L., "Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti", en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1995, págs. 775 y ss.; PIETROBON, *op. cit.*, *passim*; MONTESANO, L., "Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti", en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1995, págs. 775 y ss.

⁷⁵ La obra de referencia es una amplia y fundamentada monografía de MARIONI, L.G., *Tutela Inibitoria (Individual e Coletiva)*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1998, con numerosas citas de la bibliografía italiana que venimos citando.

⁷⁶ Además del trabajo de LORENZETTI, "La tutela civil inhibitoria" ya citado, puede verse STIGLITZ, R.A., *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Platense, La Plata, 1986; ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., "La tutela inhibitoria contra daños", *Responsabilidad civil y seguros*, 1999, págs. 1 y ss.; NICOLAU, N.L., "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", *La Ley (arg.)*, 1996, págs. 1245 y ss.; SEGÚI, A., *Prevención de los daños. El proyecto de código civil de 1998*, en www.alterini.org.

⁷⁷ La Exposición de Motivos (nº 262) se pronuncia en los siguientes términos, después de defender la bonanza de los mecanismos preventivos frente a los resarcitorios: "En el Proyecto, la prevención tiene lugar relevante, desde tres puntos de vista: la asignación de virtualidades a las medidas técnicas para la evitación del daño, los mecanismos tendentes a instalarla y la tutela inhibitoria. Se prevé, por lo pronto, que toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella, de evitar causar un daño no justificado; de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; y de no agravar el daño, si ya se ha producido".

⁷⁸ Los artículos 698 y 699 del primitivo Código italiano mencionaban una "caución de daño temido" que carecía de correspondencia en el resto de los códigos, y se criticaba por su antinomia con los preceptos que establecían la responsabilidad por ruina. *Vid.* BONFANTE, *op. cit.*, pág. 97, y la extensa nota 39.



Consiste en una promesa que el pretor obligaba a prestar al propietario de un inmueble, a instancia de un vecino que tiene fundadas razones para temer que se va a producir un daño, imponiéndole el deber de repararlo en caso de que llegue a producirse⁷⁹. Temor que no se reduce a la ruina del edificio (*vitio aedium*), sino que se extiende a toda actividad del vecino en ejercicio legítimo de su derecho (*vitio operis*), tanto sobre su fundo (*facere in suo*), como sobre el del reclamante, por ejemplo a título de servidumbre (*facere in alieno*), o sobre suelo público (*facere in publico*)⁸⁰.

A primera vista, por tanto, en la *cautio damni infecti* la prevención del daño se realiza mediante la “amenaza de la indemnización”, dando lugar a la función preventiva de la tutela resarcitoria que acabamos de criticar. Pero si se profundiza en la figura y sus consecuencias, la conclusión es bien distinta⁸¹: En efecto, ante una primera negativa a prestar la caución, se producía la *missio in possessionem* para poner al demandante en posesión de la finca o casa amenazante, con facultad de realizar las reparaciones u obras tendentes a la evitación del daño, lo que nada tiene que ver con el resarcimiento; y si la negativa persiste, ex *secundo decreto* se acababa otorgando la propiedad al demandante. Es más, en los supuestos de *vitium operis*, en los que era imposible recurrir a la *missio in possessionem*, pues no van referidos necesariamente a un fundo, sino a un *facere* o un *immittere in alieno*, la opción que se otorgaba al que teme verse perjudicado por la realización

de tal actividad, es ejercer el *ius prohibendi*, es decir, impedir que tal actividad se lleve a cabo⁸². Pura y dura tutela inhibitoria, donde el resarcimiento no aparece por ninguna parte.

6.- Concepto, fundamento y configuración atípica, unitaria y autónoma de la tutela civil inhibitoria.

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

Dicho de otro modo, se trata de una acción dirigida a hacer cesar un estado actual de cosas que necesariamente ha de conducir a una futura lesión; acción que pretende, sobre todo, obtener que una persona desista de un determinado comportamiento, o lo modifique⁸³. Y ello de manera atípica, sin necesidad de acudir a ninguno de los instrumentos legalmente tipificados, a menudo dirigidos sólo a proteger la posesión o la propiedad, mediante un proceso de generalización basado en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico⁸⁴. Y a través de una figura unitaria, configurada por unos requisitos, efectos y límites generales y comunes a todos los supuestos de hecho mencionados.

⁸⁰ BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad*, trad. y concord. GARCÍA VALDECASAS, Reus, Madrid, 1932, págs. 85 y ss.

⁸¹ Acerca de la naturaleza jurídica de la *cautio damni infecti* existen opiniones encontradas entre los romanistas. Mientras BURCKHARD (*Commentario alle Pandette de Gluck*, IX, Milano, 1906, págs. 70 y ss.) la identifica con el reconocimiento de un derecho del vecino temeroso del daño a reparar el mismo la obra amenazante, con derecho a reembolso, SCIALOJA (*Teoria della proprietà nel Diritto Romano*, I, Roma, 1928, págs. 389 y ss.) se inclina por un *ius retentionis* de los materiales ruinosos caídos sobre el fundo del demandante. Sin embargo, BRANCA entiende que se trata de un medio preventivo dirigido a evitar el daño y a garantizar la responsabilidad derivada del mismo antes de que se verificase (*Danno temuto...*, cit., págs. 5 y ss.). Vid. JIMÉNEZ SALCEDO, *op. cit.*, pág. 217.

⁸² JIMÉNEZ SALCEDO, *op. cit.*, págs. 224-225.

⁸³ BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 429.

⁸⁴ RAPISARDA, *op. cit.*, pág. 78.



Esa finalidad preventiva encaminada a frenar o detener el curso causal de unos acontecimientos abocados a la generación del daño, puede conseguirse, según los casos, como sucede con la *injunction*, mediante un mandato de hacer o de no hacer⁸⁵ (*mandatory* o *prohibitory injunction*), lo que permite hablar de una tutela inhibitoria positiva o negativa. Lo que supone, por una parte, que la orden no necesariamente siempre consiste en un “abstenerse de un comportamiento ilícito” o una orden de no hacer, como la configuró cierta doctrina italiana⁸⁶. Y por otra, que en estricta teoría general de obligaciones, lo que se pide al juez con la inhibitoria es la imposición de una obligación de hacer o de no hacer, con todas las consecuencias que ello conlleva en orden al cumplimiento (forzoso, por equivalente, etc.) e incumplimiento de una y otra categoría⁸⁷.

Así, mientras la tutela resarcitoria consiste, casi siempre, en la sustitución del derecho o bien jurídico lesionado por un derecho de crédito indemnizatorio (obligación de dar, en definitiva), la inhibitoria carece de ese carácter subrogatorio y se destina a garantizar la integridad del derecho mismo⁸⁸, mediante obligaciones de hacer o no hacer. Mientras la primera mira al pasado, la segunda se proyecta hacia el futuro, independientemente de que, entre sus presupuestos de probabilidad, se requiera o no una violación ya irrogada, o se haya iniciado ya el daño continuado⁸⁹.

Tal obligación de hacer o no hacer puede perfectamente existir con anterioridad a la petición del demandante, en virtud de una fuente legal o contractual⁹⁰, o ser creada *ad hoc* por el juez. En este segundo caso, es preciso fundamentar su nacimiento en una de las fuentes del artículo 1089 CC, que desde luego no contempla las resoluciones judiciales como fuente obligatoria. Sin embargo, ello no parece un grave escollo, existiendo dos posibilidades:

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

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

Frecuentemente han sido procesalistas quienes se han ocupado de la tutela inhibitoria⁹¹. Quizá por este motivo se suele confundir tutela inhibitoria con tutela cautelar, confiriendo a la institución un carácter exclusivamente procesal⁹², lo que es un grave error. Ciertamente, es posible poner en marcha la tutela inhibitoria a través de las medidas cautelares,

⁸⁵ Mandatos de “no innovar” y “de innovar”, los denomina LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, *cit.*, pág. 1224.

⁸⁶ Por ejemplo, BIANCA, C.M., *Diritto Civile*, t.5, Giuffrè, Milano, 1994, pág. 781. Sin embargo, en su estudio comparativo entre la *injunction* angloamericana y la inhibitoria italiana, FRIGNANI se muestra favorable a identificar ésta tanto con un no hacer como con un hacer (*op. cit.*, pág. 459). En efecto, no vemos la razón para inadmitir la inhibitoria de contenido positivo, como señala MARIONI, *op. cit.*, pág. 101.

⁸⁷ Para el tema puede verse LLAMAS POMBO, “Comentario a los artículos 1098 y 1099 del CC”, en *Jurisprudencia civil comentada*, coord. M. PASQUAU, Comares, Granada, 2000, págs. 1796 y ss.; y también todo el capítulo 6º de mi *Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, págs. 211 a 281.

⁸⁸ MARIONI, *op. cit.*, pág. 28.

⁸⁹ RAPISARDA, *op. cit.*, pág. 140.

⁹⁰ LORENZETTI, *loc. ult. cit.*

⁹¹ Las monografías que venimos citando de RAPISARDA y MARIONI están concebidas desde planteamientos estrictamente procesales, incluso reclamando la estructuración de un procedimiento autónomo a tal efecto. Y en Argentina, ha sido sobre todo la perspectiva procesalista la que predominado en el estudio de la materia: v.gr., ANDORNO, L.O., “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano”, en *Jurisprudencia Argentina*, II, 1995, págs. 887 y ss.; DE LAZZARI, E.N., “La cautela material”, en *Jurisprudencia Argentina*, IV-1996, págs. 651 y ss.; PEYRANO, J.W., *Medida cautelar innovativa*, Depalma, Buenos Aires, 1981; *idem*, “El mandato preventivo”, *La Ley* (Arg.), 1991, págs. 1276 y ss.; *idem*, “Vademécum de las medidas autosatisfactivas”, *La Ley* (Arg.), II, 1996, págs. 709 y ss.

⁹² Así lo observa agudamente LORENZETTI, “La tutela...”, *cit.*, pág. 1223.



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

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

7.- Antecedentes legislativos de tutela inhibitoria típica.

Como venimos repitiendo, en nuestro ordenamiento jurídico abundan las disposiciones legales que facultan a los tribunales para conceder la tutela inhibitoria a quien teme fundadamente la irrogación de un daño. No es el estudio de estos supuestos sobre el que radica el presente trabajo, centrado justamente en la formulación de una tutela inhibitoria atípica, susceptible de aplicación genérica a

la amenaza de todo tipo de daños, siempre que se cumplan ciertos requisitos. Sin embargo, contemplados en conjunto demuestran que la figura está presente en nuestro ordenamiento y no es una propuesta insólita o extraña a su tradición jurídica. Baste recordar algunos a título de ejemplo⁹³:

a) La *tutela interdictal de la posesión*, tan arraigada en nuestro Derecho, y hoy diluida entre los supuestos sometidos al procedimiento de juicio verbal por razón de la materia en el artículo 250.1.3º, 4º, 5º y 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene con frecuencia carácter inhibitorio. Tutela que tiene carácter positivo, por ejemplo, en el viejo interdicto de obra ruinoso que contempla el citado ordinal 6º: demoler o derribar una obra, edificio, árbol, columna u otro objeto en estado de ruina “que amenace causar daños a quien demande”. Y que, en el caso del interdicto de retener, perfectamente puede dirigirse a la evitación de daños, no sólo sobre los bienes mismos, sino sobre “el disfrute de un derecho” (artículo 430 CC), como hace tiempo ha reclamado la doctrina y cierta jurisprudencia⁹⁴. Obsérvese que se trata de una tutela “sumaria”, según el precepto, pero no “cautelar”, en la medida en que se obtiene a través de un juicio declarativo (el juicio verbal), con independencia de que la demanda pueda venir acompañada por una solicitud de medidas cautelares.

b) La *acción negatoria* es, sin duda, la forma más genérica y atípica de tutela inhibitoria que conoce el ordenamiento. Es hoy bien sabido⁹⁵ que la acción negatoria nunca estuvo circunscrita sólo a la protección del propietario frente a quien alegara, sin derecho a ello, que la propiedad en cuestión estaba gravada con un derecho real del que sería

⁹³ A los expresamente mencionados, todos ellos de carácter general, cabría añadir un sinfín de supuestos puntuales dispersos: desde el secuestro de publicaciones acordado por resolución judicial que permite el artículo 20.5 de la Constitución, hasta la legislación de patentes y marcas, propiedad intelectual, etc.

⁹⁴ Vid. ALONSO PÉREZ, M., “La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 4802 y ss. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 797.

⁹⁵ Así se ha encargado de demostrarlo sabiamente, con amplias citas de IHERING y BONFANTE, ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, págs. 4797 y ss. Vid. también MATTEI, *op. cit.*, pág. 249.



titular el demandado. La negatoria puede utilizarse también, en palabras de ALONSO PÉREZ “para alejar o rechazar cualquier perturbación ilegítima...e inmisiones molestas y nocivas más allá de lo permitido por el criterio de la tolerancia normal”⁹⁶, es decir, para evitar la irrogación de un daño, y no sólo en el derecho de propiedad. Acción que, en este caso, tiene una triple función: *conminatoria*, para cesar la perturbación o poner fin a la inmisión (pura tutela inhibitoria, por tanto); *cautelar*, para adoptar medidas precautorias que eviten la reaparición de nuevas inmisiones en el futuro (o sea, tutela inhibitoria otra vez); y *reparatoria*, consistente en la tutela resarcitoria propia de la responsabilidad civil. Funciones que operan a través de una doble acción “de abstención” y “de cesación”⁹⁷. Tan importante utilidad de la acción negatoria ha provocado en el último decenio una atención extraordinaria en la doctrina civilista⁹⁸ y ha llegado a tener importantes reflejos legislativos recientes⁹⁹, que extienden dicha acción a lesiones que exceden ya no sólo a la mera *negatoria servitutis*, sino incluso a la defensa contra inmisiones, para aproximarla a la protección de los derechos de la personalidad, marcas, etc.

c) La protección contra *el abuso del derecho* que contempla el artículo 7.2 CC tiene también, junto al inevitable aspecto resarcitorio (“dará lugar a la correspondiente indemnización”), un marcado carácter inhibitorio, cuando conlleva la adopción de “las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso”.

d) En ausencia de un precepto genérico que consagre la tutela inhibitoria atípica, la jurisprudencia acostumbra a imponer la adopción de *medidas preventivas del daño, como consecuencia de la responsabilidad civil*, lo que aproxima tal tutela a una suerte de forma de resarcimiento, que a menudo consiste en la paralización de la actividad causante de los perjuicios¹⁰⁰.

Es lo que en ocasiones se ha denominado “el *enmascaramiento de la acción negatoria* bajo los postulados de la responsabilidad extracontractual”¹⁰¹, una constante en las inmisiones vecinales, y que el Tribunal Supremo justifica apoyándose en el carácter antijurídico del fenómeno inmisorio que, como tal, obliga al juez a no permanecer impasible ante un ilícito que amenaza con perdurar en el tiempo y que se presenta como actual en el momento

⁹⁶ ALONSO PÉREZ, *loc. cit.*, a quien seguimos en este apartado.

⁹⁷ Vid. AMAT LLARI, “La regulación de las inmisiones en el CC”, en *Centenario del Código Civil*, vol.I, Madrid, 1990, págs. 85 y ss.; SALVADOR CODERCH-SANTIDIUMENGE FARRÉ, “La acción negatoria”, en *Poder Judicial*, nº10, 1988, pág. 123.

⁹⁸ Así, monográficamente, SALVADOR CODERCH-SANTIDIUMENGE FARRÉ, *op. cit.*, págs. 117 y ss.; AMAT LLARI, *op. cit.*, págs. 74 y ss.; MARTÍN-BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Tecnos, Madrid, 1993; PARRA LUCÁN, “La defensa civil frente a las inmisiones: la acción negatoria de los artículos 590 del CC y 305 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana”, en *Aranzadi Civil*, mayo 1993, págs. 9 y ss.; EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Pons, Madrid, 1994; NIETO ALONSO, A., “La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente”, en *Actualidad Civil*, 2001, págs. 1591 y ss.

⁹⁹ Así, junto al artículo 590 CC, que desde siempre ha permitido tomar “las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos”, en una clara tutela preventiva (vid. ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 4788; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, págs. 31 y ss., con profusa cita de jurisprudencia), y otras disposiciones que menciona AMAT LLARI, como la Ley 367.1 Compilación Navarra, Ley de Aguas, Ley del Suelo de 1992, etc., (*op. cit.*, págs. 85 y ss.), aparece la acción negatoria en la Ley Catalana 13/1990, de 9 julio, “de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad”, que introduce una acción negatoria de contenido sumamente amplio. Sobre la misma, puede verse, además de la aguda crítica en el mencionado trabajo de ALONSO PÉREZ, págs. 4800 y ss., la obra ya citada de EGEA FERNÁNDEZ, *passim*; y GARRIDO MELERO, “Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña”, en *R.C.D.I.*, 1992, págs. 1551 y ss. Junto a tales leyes, también aparece una suerte de acción negatoria en la acción de cesación que contempla el artículo 7.2º de la Ley de Propiedad Horizontal tras su reforma por Ley 8/1999, sobre el que puede verse el minucioso y documentado trabajo de MACÍAS CASTILLO, “La acción de cesación en la Ley de Propiedad Horizontal”, en *El Consultor Inmobiliario*, Enero 2001, págs. 16 y ss. Y no puede olvidarse el artículo 9.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Honor, la Intimidad personal y familiar y la Propia imagen, donde igualmente se faculta al juez para “la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”, como medidas absolutamente diferenciadas de la “condena a indemnizar los daños y perjuicios causados”.

¹⁰⁰ AMAT LLARI considera que sólo en dos supuestos puntuales el juez civil debe abstenerse de decretar la paralización de la actividad inmisora, a saber: a) cuando exista la posibilidad de aplicar medidas correctoras que eviten el daño, y b) cuando, pese a no existir medidas que puedan impedir el daño, la actividad sea considerada de una importancia vital para la sociedad (“Comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1.989”, en *CCJC*, 1.989, pág. 456). Sobre el tema, y a propósito de la utilización de la “acción de daños como acción dominical” en caso de inmisiones, puede verse también PARRA LUCÁN, *op. cit.*, págs. 23 y ss.; y con expresa referencia a la famosísima STS 3 diciembre 1987, SALVADOR CODERCH-SANTIDIUMENGE FARRÉ, *op. cit.*, *passim*, y ALONSO PÉREZ, M., “Comentario a la STS 3 diciembre 1987”, en *CCJC*, nº 15, págs. 5255 y ss.

¹⁰¹ LLAMAS POMBO-MACÍAS CASTILLO, “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, en *Actualidad Civil*, 1998, págs. 1061 y ss.



en que conoce del mismo¹⁰². Lo que sucede es que tal absorción de la acción de cesación o inhibitoria por la de resarcimiento de daños, tan útil en la práctica, no deja de ser una evidente incorrección teórica¹⁰³, según venimos defendiendo. Y además, en aras de la finalidad preventiva que aquí nos preocupa, entraña una importante limitación: sólo puede operar cuando ya ha existido un daño (que amenaza con continuar o repetirse), nunca frente a un daño amenazante no consumado.

e) La LEC 1/2000 también ha venido a introducir numerosos supuestos de verdadera tutela inhibitoria. Muy especialmente en el caso de las acciones de cesación frente a las cláusulas abusivas, que ya inauguró la Ley de Condiciones Generales de la Contratación; y sobre todo a partir de la Ley 39/2002, que introdujo significativos cambios en aquella LEC a propósito de las acciones colectivas de cesación. La acción de cesación va dirigida a obtener la condena del predisponente a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Se trata, por tanto, en realidad de una acción de naturaleza mixta, donde se obtiene, primero, la declaración de nulidad de la cláusula (acción declarativa) basada en el control de contenido de la misma, y seguidamente, el mandato judicial inhibitorio, para que se elimine del clausulado y no se siga utilizando en lo sucesivo (acción de condena).

La acción de cesación, aunque con carácter individual y no colectivo, también se contempla expresamente en el artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal¹⁰⁴, como dirigida a obtener el cese de los actos constitutivos de competencia desleal. Pero a su lado, se menciona una “acción de prohibición” si ese acto “todavía no se ha puesto en práctica”. Constituye éste un evidente supuesto de tutela inhibitoria del daño potencialmente derivado de los comportamientos y prácticas constitutivos de deslealtad comercial. Es muy destacable la perfección técnica de este precepto, donde se contemplan un total de seis posibles acciones (declarativa, de cesación, de remoción de efectos, de rectificación de informaciones, de resarcimiento de daños y perjuicios y, por último, de enriquecimiento injusto), entre las que se diferencian con toda claridad: a) las mencionadas acciones de cesación y prohibición: o sea, pura tutela inhibitoria del daño; b) la acción de resarcimiento de daños y perjuicios: la típica acción de responsabilidad civil absolutamente resarcitoria; y c) la acción de enriquecimiento injusto, que nada tiene que ver con una supuesta indemnización punitiva o algo parecido.

En aras de la celeridad ejecutiva de la sentencia, el artículo 711 LEC, a partir de la reciente Ley 39/2002, establece que la sentencia estimatoria de la acción de cesación impondrá una

¹⁰² La mayoría de supuestos de inmisiones ilícitas que han llegado al T.S. han abundado en este criterio. Así, por ejemplo, SSTS 23 junio 1.913 (CL 1913\136), 23 diciembre 1.952 (RJ 1952\2673): “(...) al condenar a la demandada a que ponga término inmediato a las causas productoras de esos daños, porque esto es una consecuencia lógica y legal de la reclamación contra un acto antijurídico(...) una vez que se ha reclamado contra él ante los Tribunales no pueden éstos permitir que tal perjuicio siga produciéndose, (...)”, 5 abril 1.960 (RJ 1960\1670), 14 mayo 1.963 (RJ 1963\2699), 12 diciembre 1.980 (RJ 1980\4747), 17 marzo 1.981 (RJ 1981\1009), 23 septiembre 1.988 (RJ 1988\6853), 16 enero 1.989 (RJ 1989\101), 15 marzo 1.993 (RJ 1993\2284), 14 noviembre 1.996 (AC 1.997 @209).

¹⁰³ FERNÁNDEZ URQUIAZI enumera las notas que caracterizan esta confusión o enmascaramiento: a) la ordinaria vinculación de las medidas precautorias o correctoras de inmisiones al resarcimiento en forma específica más que a la genérica tutela vecinal, b) la imposición judicial de medidas correctoras como efecto de la responsabilidad civil extracontractual en procesos en que se demandaba únicamente su adopción, sin pretensión indemnizatoria alguna, al amparo del art. 1.902 C.C., c) la desestimación conjunta de la demanda dirigida a la indemnización de daños y al cierre de la instalación que los genera ante la improcedencia de la acción aquiliana (“Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho Civil común y foral” en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. IX, Madrid, 1.994, pág. 163).

¹⁰⁴ Puede encontrarse también en el artículo 63 de la Ley 11/1986, de Patentes y en el artículo 41 de la Ley 17/2001, de Marcas, ambas con el mismo carácter individual, y absolutamente independientes y diferentes de la acción indemnizatoria de daños y perjuicios. Es verdad que en ambas disposiciones se toma como uno de los posibles criterios para valorar el lucro cesante del perjudicado el importe de los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación, pero en este caso no existe confusión entre acción indemnizatoria y acción de enriquecimiento injusto, como en ocasiones ha criticado cierta doctrina (SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., *op.cit.*, pág. 139). Lo que existe en estos supuestos es más bien una presunción legal *iuris et de iure* según la cual todos los beneficios obtenidos por el infractor se han generado precisamente a costa del lucro cesante del titular del derecho infringido. En otras palabras, todo lo que ha ganado el infractor lo ha dejado de ganar el perjudicado; y eso sí es, indudablemente, daño, por la vía del lucro cesante.



multa coercitiva que oscilará entre 600 y 60.000 euros, por cada día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Indudablemente, esta acción de cesación es de extraordinaria complejidad, pero de una eficacia e importancia inusitada en nuestro Derecho. Constituye, nada menos, la posibilidad de combatir los efectos perjudiciales de las cláusulas abusivas antes de que los mismos se produzcan. Así, frente a los remedios tradicionales que el Ordenamiento brindaba para la lucha contra la mala fe contractual y contra las estipulaciones oscuras o inicuas (declaración de nulidad ex post facto, interpretación contra proferentem, etc.), que siempre actuaban una vez puesta en marcha la eficacia del contrato, y a menudo, implicadas en un litigio relativo al cumplimiento-incumplimiento del mismo, se establece ahora la posibilidad de entablar una acción dirigida justamente a impedir que arranque dicha eficacia. Se trata, por ello, de un remedio preventivo que evita o impide la lesión de los intereses del consumidor, de indudables ventajas respecto de todos los remedios satisfactivos que a posteriori puedan establecerse para reparar la lesión ya producida¹⁰⁵.

f) Aparecen también llenos de supuestos de tutela inhibitoria contra daños los artículos 139, y 141 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (R.D.Legislativo 1/1996, de 12 abril), que además han sufrido una importante modificación por obra de dos recientes normas: la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios; y la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se reforma dicho Texto Refundido.

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

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

¹⁰⁵ He estudiado con más detenimiento estas acciones colectivas en mi comentario al artículo 10.ter de la LGDCU, en *Comentarios a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, diez años después*, coord. LLAMAS POMBO, La Ley-INC, Madrid, 2005, págs. 145 y ss.



8.- Requisitos de la tutela civil inhibitoria.

Es muy importante dejar bien claro que los requisitos o presupuestos de la tutela inhibitoria son absolutamente distintos de la tutela resarcitoria. Para empezar, como quiera que la inhibitoria no se dirige a la reparación del daño (o sea, la designación de quién y por qué ha de soportar las consecuencias del daño), sino a impedir la generación, continuación, agravamiento o repetición del daño, no es preciso plantearse los problemas de imputabilidad que desde siempre han rodeado a la responsabilidad civil¹⁰⁶. Y naturalmente, no es preciso que se haya producido un daño efectivo, pues su irrogación es precisamente lo que se trata de evitar con la tutela inhibitoria. Sin embargo, sí son imprescindibles los siguientes elementos:

a) Un daño amenazante, o sea, la previsión razonable de que va a lesionarse un determinado interés del demandante digno de protección, sea individual o difuso¹⁰⁷. Ello resultará de más fácil demostración cuando ya exista un primer daño irrogado, con probabilidad de agravamiento, repetición o continuación. Pero no necesariamente ha de ser así, y perfectamente podrá probarse también cuando no haya comenzado a producirse daño alguno¹⁰⁸.

b) Un comportamiento antijurídico, en la medida en que sólo esa antijuricidad permite restringir la libertad del demandado en beneficio de la protección del interés del demandante¹⁰⁹. Antijuricidad que se basa en la injusticia del daño amenazado, y que ha de valorarse de manera sustancial y no meramente formal, de manera que no puede con-

trarrestarse con una mera autorización administrativa, por ejemplo¹¹⁰.

c) Una relación de causalidad entre ambos elementos. Es decir, ha de existir un “perjuicio causalmente previsible”¹¹¹, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada. El demandante ha de acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que, causalmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquélla.

d) Posibilidad material de evitar la causación del daño¹¹². Por obvio no deja de ser importante: es preciso que cumpliendo la obligación de hacer o no hacer en que consiste la inhibitoria, efectivamente sea posible frustrar ese curso causal que inicialmente conduciría a la generación del perjuicio. Si el daño ya se causó, sólo queda acudir a la tutela resarcitoria. Y si resulta ya inevitable su causación, ningún sentido tiene paralizar el comportamiento lesivo. En similar orden de ideas, también parece razonable excluir la viabilidad de la tutela inhibitoria cuando el cumplimiento de la obligación (de hacer o de no hacer) que tiene por objeto comporte gastos económicamente desproporcionados¹¹³. Y no se trata de comparar el valor del daño que se trata de evitar con el de los gastos derivados de las medidas preventivas, como se desprendería de la mera aplicación economicista de la fórmula Learned-Hand: nada impide ordenar una inhibitoria basada en medidas de coste superior al de los daños previsibles. Lo procedente es, más bien, valorar esas medidas en relación con la situación económica de la actividad amenazante, o en otras palabras, la viabilidad económica de tal actividad si se adoptasen tales medidas¹¹⁴.

¹⁰⁶ MARIONI, *op. cit.*, pág. 26.

¹⁰⁷ En efecto, hoy cabe incluir tanto los intereses simples como los difusos. Por todos, NIGRO, M., “Interessi di fatto, interessi semplici, interessi diffusi”, en *Il controllo sociale delle attività private*, Bolonia, 1977, pág. 73; LOZANO-HIGUERO Y PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.

¹⁰⁸ Así, BARASSI rechazó la inhibitoria pura, o sea, la “puramente preventiva” que opera sin que previamente se haya producido ilícito alguno, por considerarla una excesiva limitación de la libertad humana (*op. cit.*, pág. 428). Más recientemente, sin embargo, RAPSARDA y la mayor parte de la doctrina que venimos citando admite tal inhibitoria en estado puro, no necesariamente basada en la previa existencia de un daño. Así se contempla también en el par. 1004 BGB y en el Derecho inglés, en este caso, bajo el nombre de *quia timet injunctio*. Sobre el particular, puede verse MARIONI, *op. cit.*, págs. 41 y ss.; PIETROBON, *op. cit.*, pág. 146.

¹⁰⁹ Con claridad lo explica DE CUPIS: “actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un peligro... y dirigirse contra un individuo para prevenir la causación de un daño temido, exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien puede imputarse el peligro” (*El daño*, trad. de la 2ª ed. italiana, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 575).

¹¹⁰ ZAVALA, *op. cit.*, pág. 4.