

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

LA RESPONSABILIDAD POR INFRACCION DE LOS DEBERES PROFESIONALES O DE “LEX ARTIS” Y LA CARGA DE LA PRUEBA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)

ANTONIO CABANILLAS

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Alicante

I. HECHOS

Una compañía de seguros interpuso demanda de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad ante el juez de Primera Instancia alegando que tenía concertado con un promotor y constructor un contrato de seguro por los daños que pudiesen ocurrir en las obras de construcción de un pabellón, cuya planta se hundió totalmente, abonando la aseguradora la cantidad indemnizatoria de 5.678.268 pesetas, que pretende a su vez le paguen el arquitecto y el aparejador.

El juez de Primera Instancia admitió parcialmente la demanda, condenando al arquitecto y al aparejador a abonar a la parte actora conjunta y solidariamente la suma solicitada, todo ello con expresa imposición de costas.

La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación interpuesto por el arquitecto y el aparejador, absolviéndoles de las pretenciones contra ellos deducidas.

No prosperó el recurso de casación interpuesto por la compañía de seguros, en el que alegó error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción en concepto de inaplicación de los artículos 1.902 y 1.214 del Código Civil y de la doctrina comprendida en diversas sentencias.

II. DOCTRINA DE LA SENTENCIA

En el Fundamento de Derecho 2, el Tribunal Supremo expone las razones por las que desestima los motivos en que la recurrente invoca la infracción en concepto de violación por no aplicación de los artículos 1.902 y 1.214 del Código Civil. Concretamente afirma lo siguiente: “El motivo segundo denuncia infracción del artículo 1.214 del Código Civil, al amparo del n.º 5.º del artículo 1.692.” El motivo puede decirse que está técnicamente bien articulado, cualquiera que sea el éxito de su formulación. Para la recurrente, la Sala ha absuelto porque el actor no acreditó la culpa o negligencia de los demandados, y la absolución, sigue razonando, no es correcta, en su sentir, porque reiteradamente se ha dicho que el artículo 1.902, como regulador de las obligaciones nacidas de culpa extracontractual, es aplicable a los casos en que son los demandados quienes deben acreditar su diligente actuación, pues del propio resultado dañoso se presume la existencia de culpa. Al ser a ellos a quienes les incumbe la prueba, viola la ley que rige la carga la sentencia que los absuelve. Se intentan, así, acoger a los supuestos admisibles de denuncia de infracción del artículo 1.214 del Código Civil, que son aquellos en que, no habiéndose producido prueba alguna sobre el hecho en cuestión, el juzgador hace soportar las consecuencias de la falta de prueba a la parte sobre la que no gravita la carga. Sin embargo, el motivo no puede prosperar en los supuestos de responsabilidad civil por infracción de deberes profesionales o de la “lex artis”, casos de contratos de arquitectos, médicos o de otros arrendamientos de servicios, en que no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1989), y, además, porque en el supuesto litigioso, en el que se reclama responsabilidad a los técnicos titulados de una construcción por los daños producidos en una fase de la misma al hundirse un encofrado, y satisfechos por la compañía aseguradora los constructores, no se ha podido colegir responsabilidad en las personas concretas de los demandados, quienes no se ha demostrado que intervinieran directamente en la construcción de los elementos dañados por el siniestro ni si éste se produjo por imperfección del encofrado o defectos de montaje de los módulos que lo sustentaban, como atinadamente razona la sentencia recurrida.

III. CONSIDERACIONES CRITICAS

1. La carga de la prueba en los supuestos de responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de “lex artis”

Tiene razón el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, cuando afirma que en estos supuestos no siempre procede la inversión de la carga de la prueba de la culpa o negligencia, casos de contratos de arquitectos, médicos y de otros de arrendamiento de servicios.

Nuestro Tribunal Supremo da a entender que en algunos casos, atendiendo a la normativa aplicable y a las circunstancias concretas, puede ser pertinente la referida inversión, y que en otros ello no es admisible. Lo que el Alto Tribunal rechaza, atendiendo al criterio general del artículo 1.214 del Código Civil, es que en todo caso proceda la inversión de la carga de la prueba de la culpa o negligencia profesional en los contratos de arrendamientos de servicios o, en sentido inverso, que no proceda nunca.

Vamos a centrar el problema en relación con la carga de la prueba de la negligencia profesional del médico y del arquitecto, por ser los casos que, a título de ejemplo, menciona el Tribunal Supremo. En el caso de la sentencia, además, el problema se plantea, concretamente, en torno al arquitecto y al aparejador que intervinieron en la construcción del pabellón que se hundió.

A) *La carga de la prueba de la negligencia médica*

En general, nuestra jurisprudencia impone la carga de la culpa médica al enfermo o sus herederos. Sin embargo, este criterio general ha sido atemperado por algunas sentencias, con expedientes paliativos, ante la dificultad probatoria con que se encuentra el enfermo demandante o sus herederos, que es deseada por la doctrina y la propia jurisprudencia en los diversos ordenamientos jurídicos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986 parte de que la obligación contractual del médico (en el caso de autos, un cirujano) es de medios y de que su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento de ciertos deberes (los que derivan del estado actual de la ciencia médica), por lo que no se puede exigir al facultativo vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad.

Para el Tribunal Supremo, dichas circunstancias desvirtúan la invocada conducta negligente o culpable del cirujano demandado, que ha de quedar patente para que pueda exigírsele responsabilidad.

La acción indemnizatoria formulada por la viuda en base a los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil, es desestimada porque el cirujano procedió como un buen técnico de la medicina imperante, pues la causa de la muerte hay que buscarla, fuera del hacer del médico, en este caso en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del simple factor reaccional del enfermo.

En la sentencia es bastante claro que la acción indemnizatoria no prospera, porque no se ha probado la negligencia profesional del cirujano; lo cual debía haber sido demostrado por la viuda demandante para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios.

En análogo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988, 12 de junio de 1988, 7 de febrero de 1990 y 6 de noviembre de 1990, que tienen en cuenta la doctrina de la sentencia de 26 de mayo de 1986, fundamentando la responsabilidad del médico en una culpa incontestable, sin admitir la inversión de la carga de la prueba del nexo causal y de la culpa.

En el ámbito de las prestaciones profesionales de actividad o medios, como la del médico, la dificultad probatoria existente determina que la mayor parte de los procesos concluya con la desestimación de la demanda indemnizatoria (1).

Se agrava todavía más la posición del demandante, si se sostiene que el médico no responde de la culpa leve; lo cual carece de apoyo en nuestro Código Civil (artículo 1.104).

La dificultad probatoria apuntada ha determinado que algunos autores propugnen la conveniencia de acoger una solución análoga a la adoptada por la jurisprudencia

(1) VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, pág. 198.

dencia en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, es decir, la inversión de la carga de la prueba de la culpa y un elevado rigor en la valoración de la diligencia (2).

Se considera adecuado exigir al médico la prueba de su diligente cumplimiento, y al enfermo, la de la ausencia del mismo, lo cual está en consonancia con el artículo 1.214 del Código Civil: el enfermo ha de probar la existencia de la obligación y su incumplimiento, y el médico ha de probar que cumplió con toda la diligencia exigible (3).

En Italia, la sentencia del Tribunal de Casación de 21 de diciembre de 1978, que tiene todos los requisitos para constituir un *leading case*, en palabras de Princigalli (4), apartándose de la doctrina y la jurisprudencia dominantes, afirma la inversión de la carga de la prueba de la culpa, a pesar de considerar que la obligación del médico es de medio (5).

El criterio adoptado por el Tribunal de Casación en esta sentencia es bastante similar al que en el mundo anglo-americano se designa con la fórmula *res ipsa loquitur* (6).

En el Derecho francés, a pesar de afirmarse constantemente que la obligación del médico es normalmente de medios, se ha destacado la influencia en la jurisprudencia de la máxima del Common Law *res ipsa loquitur* al ser sensibles los Tribunales a las dificultades probatorias que plantea la responsabilidad médica. Los Tribunales acuden a la noción de culpa virtual (*faute virtuelle*). De los hechos probados es posible presumir que el demandado es culpable, correspondiéndole probar que el daño es debido a una causa ajena, que no lo es imputable (7). Cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, se está en presencia de lo que Ambialet (8) considera un modo de prueba "elíptico", que conduce a un sistema de presunción de culpa, del que la sentencia del Tribunal de apelación de París de 31 de mayo de 1966 constituye un perfecto testimonio.

Por una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias, se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente.

(2) JORDANO FRAGA, *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico*, RGLJ, 1985, pág. 94.

(3) ATAZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, pág. 255.

(4) PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, pág. 163.

(5) Cfr. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, RTDPC, 1984, págs. 716 y ss. y PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., págs. 163 y ss. con atinadas observaciones críticas.

(6) CATTANEO, *La responsabilità medica nel sistema italiano*, en *La responsabilità medica*, Milano, 1982, pág. 19; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., pág. 163, nota 169.

(7) MEMETEAU, *Le droit médical*, París, 1985, págs. 465 y ss.; PENNEAU, *La responsabilité médicale*, París, 1977, págs. 77 y ss.

(8) AMBIALET, *La responsabilità du fait d'autrui en droit médical*, París, 1965, págs. 51 y 80.

Tunc (9) y Penneau (10) abogan porque las víctimas de los accidentes médicos sean indemnizadas a través de la creación de un fondo de garantía para resarcir automáticamente los daños corporales ocasionados por la práctica médica.

En el Derecho alemán, la regla general de que el enfermo debe probar que el erróneo tratamiento médico ha sido la causa del daño, es atemperada por una jurisprudencia orientada hacia la protección de aquél.

El principio de la *Waffengleichheit*, que implica la igualdad de tratamiento de las partes en el proceso de responsabilidad, exige que el médico posibilite al enfermo la prueba de su pretensión.

La facilitación de la carga de la prueba se produce a través del reconocimiento jurisprudencial por el Tribunal Federal Superior alemán (BGH) de la existencia de una obligación de documentación (*die ärztliche Dokumentationspflicht*), que constituye un aspecto del deber de información del médico (deber accesorio del deber de prestación), que se extiende al diagnóstico, la terapia y sus efectos. El principio de la *Waffengleichheit* exige que el médico haga posible al enfermo la prueba indiciaria a través de la diligente redacción de los actos clínicos. En el marco de la relación de paridad entre el médico y el enfermo, satisface el interés primario del enfermo el ser adecuadamente informado y poder examinar, si lo desea, los documentos pertinentes sobre el transcurso de la enfermedad.

El deber de certificación tiene influencia en la distribución de la carga de la prueba. Pueden ser ofrecidas al enfermo, para demostrar la responsabilidad del médico, ciertas facilidades, comprendiendo incluso la inversión de la carga de la prueba. Es obvio que el médico resulta perjudicado en el plano probatorio, no sólo si sustrae o altera documentos que tienen importancia para arrojar luz a fin de resolver la controversia, sino también si la redacción de los actos médicos es inexacta o incompleta (11).

Al igual que en los diversos casos de negligencia profesional (*negligence*), los Tribunales ingleses y norteamericanos tienen en cuenta también la regla *res ipsa loquitur* (*the thing speaks for it self*) para demostrar la negligencia médica (12). La regla citada describe situaciones donde el hecho del accidente es suficiente por sí mismo para justificar la conclusión de que lo más probable es que el demandado fue negligente y que esta negligencia causó el daño (13).

Se trata de una conclusión razonable atendiendo a las circunstancias en que se ha producido el accidente, que indican que lo más probable es que el demandado fue culpable.

(9) TUNC, Prólogo a la monografía de PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, París, 1973; *Le spectre de la responsabilité civile*, RIDC, 1978, págs. 1.032 y ss.

(10) PENNEAU, *La responsabilité médicale*, cit., págs. 306 y ss.

(11) WASSENBURG, *Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten*, NJW, 1980, págs. 617 y ss.; SCHMIDT, *Über den notwendigen Inhalt ärztliche Dokumentation*, NJW, 1987, págs. 681 y ss.; MERTENS, *Arzthaftung*, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 3, München, 1986, págs. 1.647 y ss.

(12) FLEMING, *The Law of Torts*, Sidney, 1987, págs. 292 y ss.; JACKSON y POWELL, *Professional negligence*, London, 1987, págs. 311 y ss.; MARKESINIS, *Problèmes de responsabilité médicale en droit anglais. Un aperçu de la situation dans les années 80*, RIDC, 1988-2, pág. 374.

(13) FLEMING, *The Law of Torts*, cit., pág. 291.

En el terreno probatorio, la regla *res ipsa loquitur* motiva, básicamente, la inversión de la carga de la prueba de la negligencia y es el demandado quien ha de probar la ausencia de la misma (14).

En nuestro Derecho, en contraste con las sentencias anteriormente mencionadas, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1987 llega a establecer la inversión de la carga de la prueba, pues es al médico a quien corresponde probar que actuó con la diligencia exigible: "A lo largo del proceso el demandado no ha probado el agotamiento de su diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso. Esta falta de diligencia en el manejo del medio peligroso constituye el inicio de la cadena causal que determina el grave resultado de una lesión física en la paciente."

En la misma línea la sentencia de 17 de julio de 1989, al declarar que es el propio cirujano-anestesiista quien soporta la carga de probar su propia diligencia profesional, es decir, el poner en su actuar toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica (responsabilidad de medios).

El Tribunal Supremo utiliza también para superar el obstáculo que representa para el enfermo la prueba de la culpa las presunciones de hecho.

La sentencia de 31 de enero de 1990 considera que la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño incumbe probarla al paciente; pero esto no excluye que dichos extremos puedan resultar acreditados por la prueba de presunciones. La utilización de las presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda aplicarse a varias circunstancias. El Tribunal Supremo admite, de acuerdo con las sentencias de instancia, que puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio, y la apreciación de la prueba de presunciones es función atribuida a la Sala de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, salvo que notoriamente aparezca la falta de enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica, entre los hechos demostrados y aquellos otros que se trata de deducir, y no cabe duda que el razonamiento deductivo de la Sala, en el supuesto que nos ocupa, en modo alguno puede ser calificado de ilógico o contrario a ley alguna.

La sentencia de 12 de febrero de 1990 se limita a admitir la prueba de presunciones para demostrar el nexo causal entre el daño sufrido por el enfermo y la intervención quirúrgica practicada por el cirujano.

Apartándose del criterio acogido por nuestra jurisprudencia y del comúnmente aceptado en el Derecho comparado, ya que no se propugna, en ningún caso, la responsabilidad objetiva del médico y, en general, del personal sanitario, el artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, establece una solución insólita, al configurar la responsabilidad por servicios sanitarios con carácter totalmente objetivo (15).

(14) WINFIELD y JOLOWITZ, *On Tort*, 12a edición por ROGERS, London, 1984, págs. 113 y ss.; FLEMING, *The Law of Torts*, cit., págs 297 y ss.; JACKSON y POWELL, *Professional negligence*, cit., pág. 311.

(15) CABANILLAS, *Aspectos sustantivos de la protección de los consumidores en los contratos sobre servicios, según el ordenamiento español*, EC, 1989, n.º 16, págs. 147-148.

Al comentar este precepto, Parra Lucan (16) afirma que el mismo establece un sistema de responsabilidad objetiva, y formula la siguiente pregunta: ¿Quiere ello decir que el médico responderá por la simple producción de un resultado lesivo, con independencia de la valoración de su conducta?

Esta autora considera que no puede afirmarse sin más la existencia de una obligación de resultado a cargo del médico, salvo ciertos casos (implantación de una prótesis, realización de una radiografía...) el médico no se compromete a obtener un resultado, y mucho menos a curar al enfermo. Sin embargo, entiende que ello no se opone a una consideración más estricta de la responsabilidad médica: no será preciso demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada, extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente. En este último supuesto el médico podrá probar que la muerte le sobrevino por una causa distinta de la intervención quirúrgica, pero en ningún modo que él intervino con la debida diligencia y conforme a la *lex artis*.

En cualquier caso, concluye Parra Lucan, al médico no le servirá, conforme al artículo 28, la demostración de su exquisita diligencia, pero tampoco habrá de responder de la muerte de un enfermo que, de acuerdo con la ciencia actual resulte incurable. Es decir, de cualquier forma, la exigencia de responsabilidad objetiva elimina el requisito de la culpa, pero no, en cambio, el de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del médico, y es precisamente aquí donde, a juicio de esta autora, la prueba debe ser especialmente planteada.

De acuerdo con la interpretación de Parra Lucan, respetuosa con el carácter objetivo de la responsabilidad del médico a tenor del citado artículo 28 y con el carácter normalmente de medios o actividad de la prestación médica, nos encontramos con la paradoja de que a una obligación de medios o actividad se vincula una responsabilidad absolutamente objetiva, lo cual parece poco equitativo. Pero el texto del artículo 28 está ahí. No obstante, no conocemos ninguna sentencia judicial (no hablamos sólo de las del Tribunal Supremo) que lo haya aplicado para configurar la responsabilidad del médico y del personal sanitario. Existe, además, unanimidad a la hora de criticar la defectuosa redacción de los artículos 25 a 29 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (17), proponiéndose su derogación, o al menos, su reforma, a fin de eliminar las internas contradicciones del capítulo VIII (18) y también para adaptar nuestro Derecho a la Directiva de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (19). Existe, además, un anteproyecto de propuesta de Directiva sobre la res-

(16) PARRA LUCAN, *Daños por productos y protección de los consumidores*, Barcelona, 1990, págs. 352 y ss.

(17) BERCOVITZ (*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, en colaboración con Alberto BERCOVITZ, Madrid, 1987, pág. 247) ha puesto de relieve las insuficiencias del capítulo VIII, concluyendo que los resultados son un tanto problemáticos. Son los propios de un legislador bien intencionado, pero quizá insuficientemente asesorado.

(18) GARCIA CANTERO, *Conclusiones a las Jornadas sobre Derecho de Consumo*, celebradas en Zaragoza del 13 al 15 de diciembre de 1989 (cfr., DE SOLAS, *Jornadas sobre Derecho del Consumo*, ADC, 1990, pág. 146).

(19) BERCOVITZ ha elaborado un dictamen que concluye con una propuesta normativa que implica la modificación de los artículos de la Ley General para la Defensa de

pensabilidad por los servicios defectuosos, Bruselas, 8 de noviembre de 1989, que contempla específicamente la asistencia sanitaria. Según el párrafo 3 del artículo 2 del anteproyecto, “cada Estado miembro puede excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva la asistencia sanitaria en cuanto tal, siempre que dicho Estado miembro tenga en funcionamiento en la fecha de exclusión un fondo de compensación de responsabilidad sin culpa para las víctimas de tales daños”.

El anteproyecto se hace eco de la propuesta formulada por diversos autores, como Tunc y Penneau, a la que ya nos hemos referido. De este modo, como señala Parra Lucan (20) la inclusión de la asistencia sanitaria en el régimen de la futura Directiva supondría un agravamiento de la responsabilidad de los profesionales sanitarios con carácter general. De una parte porque en el anteproyecto se presume que el servicio es defectuoso cuando el daño se produce durante la prestación del servicio o en el plazo de un año a partir de ese momento. Pero, además, se facilita a la víctima la prueba del nexo causal entre el defecto del servicio y el daño producido. Será entonces el profesional quien deberá probar, para exonerarse de responsabilidad, que su prestación no fue defectuosa y que el daño sufrido por el paciente fue debido a otra causa no reconducible a la esfera de su actividad.

B) *La carga de la prueba de la negligencia del arquitecto-director y de los técnicos cuando se produce la ruina del inmueble*

Según nuestro Tribunal Supremo, el comitente que demanda la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por haber tenido lugar la ruina del inmueble construido, no tiene que probar la culpa del arquitecto-director y de los técnicos. Le basta con demostrar que se ha producido la ruina del inmueble dentro del plazo de garantía decenal del artículo 1.591 del Código Civil (21). A partir de esta prueba, se presume la culpa profesional del arquitecto-director y los técnicos, que responden solidariamente (22). Por ello, estos deberán probar que la ruina del inmueble no se ha debido a su conducta culpable o negligente.

Es muy clara en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de no-

los Consumidores y Usuarios, en la medida en que ello sea necesario (*Adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por los productos*. EC, 1987, n.º 12, págs. 83 y ss.). En cambio, ROJO opta por la promulgación de una Ley sobre responsabilidad civil del fabricante con derogación de los artículos 25 a 29 de la citada Ley (*Propuesta de Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil por daños causados por los productos defectuosos*, BIMJ, n.º 1.489, págs. 1.928 y ss.).

(20) PARRA LUCAN, *La responsabilidad por los servicios defectuosos: Hacia una armonización de las legislaciones de los países miembros de la CEE*, en EC, 1990, n.º 17, págs. 77-78.

(21) La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988 afirma que uno de los presupuestos de la responsabilidad del artículo 1.591 es que no se rebase el plazo de diez años.

La sentencia de 17 de junio de 1989 declara que si precluido el plazo de diez años no se produce el evento dañoso, la responsabilidad se extingue a la par.

(22) Una amplia información jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria de los que intervienen en el proceso edificatorio en caso de ruina por CABANILLAS. La evolución de las responsabilidades en la construcción, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, págs. 363-364.

vimiento de 1978 al declarar la responsabilidad del arquitecto-director de la obra. El artículo 1.591 responde a una presunción “*iuris tantum*” de culpa profesional y consagra el apotegma de las fuentes romanas “*et quod imperitia peccavit culpam esse*” (D.19.2.10.5.).

Esta doctrina es seguida por otras sentencias que vamos a mencionar a continuación.

La sentencia de 11 de noviembre de 1982 afirma que para la aplicación de la sanción responsabilizadora que contempla el artículo 1.591 del Código Civil basta y es suficiente que quien en él se ampare acredite que se ha producido la situación de ruina generante de daños y perjuicios apreciados y denunciados dentro de los diez años contados desde que concluyó la construcción y que sea debido a vicio del suelo no apreciado mediante la adecuada previa comprobación por el constructor, y más en cuanto que la situación excluyente de esa responsabilidad para que pueda entenderse producida por causa de caso fortuito, como pretende el recurrente, ha de ser probada por quien lo invoque, acreditando los hechos de que necesariamente se deduzca, puesto que el caso fortuito no se presume, y prueba de tal índole no se reconoce ha sido realizada por dicho arquitecto demandado recurrente.

La sentencia de 31 de enero de 1985 destaca la aplicabilidad del artículo 1.591 del Código Civil, con traslado a los mismos —arquitecto y constructor— de la carga de la prueba, afirmación totalmente correcta en seguimiento de la doctrina interpretativa de este Tribunal.

Para la sentencia de 29 de noviembre de 1985 el dueño de la obra no necesita probar la culpa del arquitecto, siendo suficiente demostrar el incumplimiento, construcción ésta que contiene una cierta objetivación de la responsabilidad de dichos profesionales.

La sentencia de 13 de diciembre de 1988 aplica el criterio de la inversión de la carga de la prueba del arquitecto técnico o aparejador, no por una presunción de culpabilidad, sino porque la experiencia demuestra que no puede imponerse, en muchas ocasiones, al perjudicado, la averiguación y prueba de la causa del daño sufrido, cuando ha de hacer frente a la actuación de dichos profesionales, especialmente técnicos, que obtienen beneficios por sus actos y que han de aplicar reglas especiales de cuidado.

La sentencia de 28 de octubre de 1989 dice que la responsabilidad *ex lege* derivada del artículo 1.591 del Código Civil lleva consigo la existencia de una presunción “*iuris tantum*” de que si la obra ejecutada padece ruina, ésta es debida a las personas que en ella intervinieron, de tal forma que los actores sólo han de probar el hecho de la ruina.

Según la sentencia de 7 de noviembre de 1989, resulta de elemental comprensión que, ante cualquier acción de reclamación por ruina de una obra instalada frente a los arquitectos directores de la misma, éstos han de desplegar, en vía de defensa o descargo, los argumentos precisos para desvirtuar aquella responsabilidad, y uno de los más sobresalientes será el atinente con la observancia por su parte de sus elementales deberes profesionales, entre los que se encuentra el relativo a la vigilancia de lo ejecutado.

En análogo sentido se pronuncian la doctrina y la jurisprudencia alemana, italiana y anglosajona.

En el Derecho alemán, la inversión de la carga de la prueba de la culpa tiene

su fundamento en el párrafo 282 del BGB (23). En relación con la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, contemplada en el párrafo 635 del BGB, se destaca que el comitente ha de probar la existencia del vicio, la causalidad, la contravención de la obligación y el ámbito del daño, mientras que el empresario (o el arquitecto) soporta la carga de la prueba de su falta de culpa (24).

En el Derecho italiano se afirma que ejecutada la obra, corresponde al comitente probar el vicio o la deformidad de la obra. Probado el defecto o la deformidad de la obra, la culpa del empresario (o del arquitecto) se presume. No obstante, el empresario (o el arquitecto) puede probar la falta de culpa; lo cual tendrá lugar si demuestra que el vicio o la deformidad es debido a caso fortuito o fuerza mayor (25).

En el Derecho anglosajón, cuando la obra presenta defectos de construcción, el arquitecto y el constructor han de probar que no han sido negligentes (26).

En Francia, de acuerdo con la doctrina constante del Tribunal de Casación en favor de la presunción de culpa del contratista y del arquitecto en caso de ruina de obra inmobiliaria dentro del plazo de garantía decenal, la Ley de 4 de enero de 1978 ha conferido una nueva redacción al artículo 1.792 del Código Civil, a cuyo tenor, "todo constructor de una obra es responsable de pleno derecho frente al dueño o el adquirente de la obra de los daños, incluso de los que derivan de un vicio del suelo, que comprometan la solidez de la obra o que, afectando a uno de sus elementos constitutivos o a uno de sus elementos de equipamiento, la hagan impropia para su destino. Esta responsabilidad no tiene lugar si el constructor prueba que los daños provienen de una causa extraña".

El artículo 1.792 considera esta responsabilidad *de pleno derecho* y precisa que sólo desaparece con la prueba de una causa extraña. El legislador expresa claramente en el artículo 1.792 que se trata de una "presunción de responsabilidad" (27).

Como conclusión de todo este análisis, podemos afirmar que la doctrina y la jurisprudencia, en los principales ordenamientos jurídicos, afirma la existencia de una presunción "iuris tantum" de culpa profesional que alcanza al arquitecto-director cuando se produce la ruina de la obra dentro del plazo de garantía. Lo mismo

(23) SCHMALZL, *Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers*, München, 1980, pág. 93.

(24) BAUMGÄRTEL, Die Beweislastverteilung für die Haftung des Unternehmers und des Architekten, en *Festschrift für Friz BAUR*, Tübingen, 1981, págs. 207 y ss.; SOER-GEL, Schuldrecht. Besonderer Teil, 1 Halbband, en *Münchener Kommentar zum BGB*, n.º 99, págs. 2.210-2.211, con amplia información jurisprudencial.

(25) RUBINO, L'appalto, en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por VASSALLI, VII-3.º, cuarta edición con notas de MOSCATI, Torino, 1980, págs. 532 y ss.; STOLFI, Appalto (contratto), en *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, pág. 656; GIAN-NATTASIO, L'appalto, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* de CICU-MESSINEO, XXIV-2, Milano, 1977, págs. 194 y 216, con amplia información jurisprudencial.

(26) ZEPOS y CHRISTODOULOU, Professional Liability, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts, I, dirigida por TUNC, Tübingen, 1983, 6-148; TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1970, pág. 830; ANSON'S, *Law of Contract*, 22a edición por GUEST, Oxford, 1964, pág. 437; LIPPE, *Die Haftung des Architekten nach englischen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Kiel, 1960, pág. 46.

(27) MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, Paris, 1988, págs. 172-173.

hay que decir en relación con el arquitecto-técnico o aparejador, el ingeniero y, en general, los técnicos que intervienen en el proceso edificatorio.

Esta presunción de culpa se acompaña con la exigencia de una especial diligencia al arquitecto y los técnicos que intervienen en la construcción, aludiéndose a la obligada por la especialidad de los conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica la intervención en la obra (28).

El fundamento de la presunción de culpa en caso de ruina, extensible a todos los profesionales que han intervenido en la construcción del inmueble, se encuentra en que exigir la prueba de la culpa al comitente supondría privarle en gran medida de las posibilidades de obtener una justa indemnización de daños y perjuicios.

El propio fundamento del artículo 1.591 del Código Civil justifica que se presume la culpa de *todos* los que han intervenido en la construcción del inmueble que se arruina, sin que este precepto permita que se presuma la culpa respecto a unos (los contratistas y promotores) y no respecto a otros (los arquitectos y los técnicos) (29).

El sentido del plazo de garantía decenal corrobora la presunción de culpa en caso de ruina, pues sólo cuando han transcurrido los diez años que fija el párrafo 1.º del artículo 1.591 se comprueba, de acuerdo con el criterio del legislador, la solidez de la obra inmobiliaria construida y desaparece la sospecha de que la eventual ruina se debe a la conducta culpable del contratista, del arquitecto y de los técnicos. Los antecedentes históricos del artículo citado confirman esta interpretación, vinculada al propio fundamento del mismo. La Ley 21, tit. 32 de la partida tercera es muy clara en este sentido: “Sospecharon los sabios antiguos que por mengua, o culpa, o por falsedad de aquellos que eran puestos para fazerlas, aconteziere aquel fallezimiento”, siendo lógico que la doctrina española del siglo XIX afirmase comúnmente la presunción de culpa (30), y que, sobre todo, García Goyena (31) destacase su existencia en el comentario del artículo 1.532 del Proyecto de 1851, al decir que “la presunción obrará durante diez años contra el arquitecto, salvo su derecho de probar lo contrario, y sea o no la obra a precio alzado”.

(28) Amplia información jurisprudencial en este sentido por CABANILLAS, La evolución de las responsabilidades en la construcción, cit. pág. 359.

(29) En favor de la presunción “*iuris tantum*” de culpa, aplicable tanto al contratista como al arquitecto y los técnicos, se pronuncia la mayor parte de los autores: GARCIA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de edificios ex artículo 1.591 del Código Civil*, ADC, 1963, págs. 1.105-1.106; CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, págs. 171-172; GULLON, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 269; COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1975, pág. 427; MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, ADC, 1982, pág. 681; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I, *Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, II, Granada, 1977, págs. 132 y ss.

(30) GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, IV, Madrid, 1877, págs. 489-490; CARAVANTES, *Febrero reformado*, II, Madrid, 1852, pág. 329; ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, I, voz *Arquitecto*, Madrid, 1847, pág. 269.

(31) GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pág. 802.

2. La exoneración de responsabilidad del arquitecto y del aparejador en el caso de la sentencia

Resulta un tanto sorprendente que, en lugar de plantearse la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil, se cuestione en la sentencia la del artículo 1.902 del Código Civil, cuando es evidente que nos movemos en el ámbito de la responsabilidad contractual y se produjo la ruina del pabellón por vicios de construcción, según se infiere de los hechos descritos.

La presunción de culpa de los técnicos y constructores que intervinieron en la obra inmobiliaria por ruina se apoyaría en la constante doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 1.591, anteriormente expuesta, que la afirma a pesar de que la prestación del arquitecto-director ha de ser considerada como de actividad y no de resultado (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1975) (32), a diferencia de la del arquitecto-proyectista (33), lo cual evidencia que nuestro Tribunal Supremo, con buen criterio, no se apoya en el simple dato de la configuración de la prestación como de actividad o de resultado al plantearse el problema de la distribución de la carga de la prueba de la culpa o negligencia, sino que resuelve el problema concreto atendiendo a la normativa aplicable (artículo 1.591), sin olvidar el criterio de la equitativa protección del perjudicado.

En nuestra doctrina, Jordano Fraga (33) ha criticado con agudeza la teoría defendida por la doctrina francesa (Tunc, Mazeaud), que sitúa la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado en la carga de la prueba de la culpa, de tal manera que la principal virtualidad de la distinción residiría en que en las primeras la culpa del deudor debe ser probada, mientras que en las segundas esa culpa se presume por la simple falta del resultado, y es al deudor a quien incumbe vencer esa presunción con la prueba contraria del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Siguiendo a Mengoni y la tesis dominante en la doctrina italiana, Jordano Fraga (34) pone de manifiesto que los autores franceses confunden los planos de la materialidad del incumplimiento (prueba inicial dada por el acreedor) con el de su justificación (prueba liberatoria del deudor).

La diferencia entre obligaciones de medios o actividad y de resultado opera en el primer plano, es decir, en el de la prueba por el acreedor de la ausencia de exacto cumplimiento de lo debido. Prueba que cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios respecto de las cuales se denuncie su inexactitud, consiste en la prueba de la falta de diligencia debida, prueba de la culpa entendida como violación de la norma de conducta exigible. En cambio, cuando se trata de obligaciones

(32) La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1975 considera que el contrato oneroso por el que el arquitecto se obliga a la dirección facultativa de las obras de construcción ha de ser calificado de arrendamiento de servicios, puesto que mediante él no promete ni debe un resultado, sino solamente la actividad de dirección de las obras precisas al efecto, calificación que persiste aunque dicha actividad se oriente mediatamente hacia aquel resultado.

(33) La realización del proyecto por el arquitecto constituye el objeto de una prestación de resultado: Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1987, 29 de mayo de 1987, 27 de octubre de 1986, 24 de septiembre de 1984, 29 de junio de 1984 y 3 de noviembre de 1983.

(34) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 266 y ss.

de resultado, dicha prueba se concreta en la falta o defectuosidad del *opus* debido, de la alteración de la realidad física en que el resultado debido consiste.

En definitiva, las obligaciones de medios o actividad no son excepción al reparto ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual.

No obstante, a pesar de que se hubiese invocado el artículo 1.591, en lugar del artículo 1.902, como hubiese sido oportuno, nuestro Tribunal Supremo, en el caso de la sentencia, no habría fallado de diversa manera, seguramente porque, después de decir que no es generalizada la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de responsabilidad civil por infracción de los deberes profesionales o de “*lex artis*”, con lo cual pone en cuestión la exactitud de la tesis que afirma que la distinción entre prestaciones de actividad y de resultado es fundamental para solucionar el problema de la distribución de la carga de la prueba de la culpa o negligencia profesional, considera, en el fondo, que no se ha acreditado que los demandados fueran posibles causantes del daño, pues afirma que “no se ha podido colegir responsabilidad en las personas concretas de los demandados, quienes no se ha demostrado intervinieran directamente en la construcción de los elementos dañados por el siniestro, ni si éste se produjo por imperfección del encofrado o defectos de montaje de los módulos que lo sustentaban, como atinadamente razona la sentencia recurrida”.

Parece, pues, que la *ratio decidendi* de la sentencia hay que encontrarla en que no se ha acreditado la relación de causalidad entre el siniestro y la intervención del arquitecto y el aparejador demandados.

Todo indica que si tal cosa hubiese tenido lugar, la solución del Tribunal Supremo debería haber sido otra, a pesar de ser las prestaciones del arquitecto-director y del aparejador de medios o actividad, con inversión de la carga de la prueba de la culpa, de conformidad con la constante doctrina del Tribunal Supremo en torno al artículo 1.902 o al artículo 1.591, si se hubiese invocado éste, lo que, extrañadamente, no ocurrió en el caso de autos. No obstante, sorprende un poco el que no se haya tenido en cuenta que el arquitecto y el aparejador están obligados a dirigir la ejecución de la obra y a vigilar como ésta se ejecuta materialmente, por lo que no resulta sencillo exonerarles de responsabilidad cuando tiene lugar la ruina de la obra inmobiliaria que han dirigido y vigilado, salvo que demuestren que no han incurrido en ningún tipo de negligencia profesional en el cumplimiento de sus obligaciones, como afirma de manera reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo al aplicar el artículo 1.591.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1989 es sumamente elocuente al respecto, al decir que resulta de elemental comprensión que, ante cualquier acción de reclamación por ruina de una obra instada frente a los arquitectos-directores de la misma, éstos han de desplegar, en vía de defensa o descargo, los argumentos precisos para desvirtuar aquella responsabilidad, y uno de los más sobresalientes será el atinente con la observancia por su parte de sus elementales deberes profesionales, *entre los que se encuentra el relativo a la vigilancia de lo ejecutado*.