

La responsabilidad profesional

SUMARIO: 1. CLASES DE RESPONSABILIDAD EN LAS QUE PUEDEN INCURRIR LOS ABOGADOS, NOTARIOS Y MÉDICOS EN EL EJERCICIO DE SUS RESPECTIVAS PROFESIONES: a) Contractual normalmente; b) Extracontractual, delictual o aquiliana, excepcionalmente; c) Penal en la ocasión de una ilicitud de este orden por la acción u omisión contraria a la Ley punitiva.—2. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO.

1. CLASES DE RESPONSABILIDAD EN LAS QUE PUEDEN INCURRIR LOS ABOGADOS, NOTARIOS Y MÉDICOS EN EL EJERCICIO DE SUS RESPECTIVAS PROFESIONES:

- a) Contractual, normalmente.
- b) Extracontractual, delictual o aquiliana, excepcionalmente.
- c) Penal en la ocasión de una ilicitud de este orden por la acción u omisión contraria a la Ley punitiva.

Los profesionales a los que alude el presente número, y sin que al efecto puedan excluirse los que no se mencionan, naturalmente que en el desempeño de los diversos cometidos que les fueron encomendados pueden incurrir en responsabilidades. El origen del supuesto instituto de la responsabilidad a la que hacemos mención no tiene un punto de referencia común, cual cosa se desprende de la singularidad de los vínculos que les relacionan con sus respectivos mandantes, artículo 1.709 de la Ley civil. Pero sí, empero, que será de la misma naturaleza, en los tres casos, cuando ésta se enfile en punto al incumplimiento de la obligación que cualesquiera de los tres profesionales citados había dejado establecida en el marco del contrato de prestación de servicios a su cliente (art. 1.544 CC), el sujeto acreedor de la relación obligacional de hacer alguna cosa propia de las de la profesión del deudor del servicio (1), artículo 1.101 y siguientes de la

(1) Cfr. a YZQUIERDO TOLSADA: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, edit. Reus, Madrid, 1989, págs. 229 a 234.

Ley civil. O bien que ejecutándola violasen los derechos de protección del interés de un tercero ajeno al contrato, artículo 1.902 y siguientes del mismo texto sustantivo civil; y en uno y otro casos, interviniendo el dolo o la culpa, perforaran la cavidad diafragmática de forma que la *ilicitud civil* quedara subsumida en el ámbito de la *ilegalidad penal*, artículos 19 del Código Penal y 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ambos relacionados con el precepto 1.092 del Código Civil como norma de remisión. En definitiva, queremos decir que los Abogados, Notarios y Médicos no pueden incurrir en otros tipos diferentes de responsabilidad frente a las personas indicadas, aun a pesar de la tesis que sienta la Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 3 de julio de 1965, que sin duda confunde la función pública con lo que sería un funcionario público propiamente dicho, y en la una o en la otra forma de violar el derecho creditual se encontrarán incursos en función de cual sea la naturaleza de la *ilicitud* (contractual, extracontractual o bien que penal).

Al respecto, nosotros estamos conformes en punto a la idea que predica las dificultades que pueden surgir a la hora de determinar los límites del incumplimiento de la clase de las obligaciones derivadas del ejercicio de las mencionadas profesiones. A los profesionales a los que venimos haciendo referencia ha de asistirles una razonable discrecionalidad para el cumplimiento del mandato que hayan recibido de sus respectivos clientes. Por otra parte, no podrá estimarse como incumplida una obligación por el mero hecho de que se haya producido un resultado negativo en la labor realizada y en relación a la finalidad última que su mandato pretendía conseguir, cual tesis, a contrario imperio, podría intuirse cuando el enfermo no consiguiera su curación o al patrocinado del Abogado no le absolvieran los Tribunales de los pedimentos que se le atribuyen en un determinado proceso judicial. Téngase bien presente que, generalmente, la naturaleza intrínseca de la prestación en la obligación profesional consiste *en la utilización de un simple medio* o bien que en la *observancia de la diligencia, prudencia y pericia* (D., 19.2.9.5) que la ocasión reclame, para con la finalidad de alcanzar aquel resultado que nunca podrá ni deberá ser garantizado por el deudor-profesional, ya que, como diría BONASÍ, "se halla vinculado a factores parcialmente independientes de su voluntad y de su poder" (2), lo que no significará un menor grado de exigencia por parte del acreedor ni del compromiso solutorio que incumbe al deudor.

Es una práctica más usual de lo que debería la confusión de lo que es una obligación de *medios* (que demanda una prestación de diligencia y prudencia, conforme exija la naturaleza del deber comprometido, artículo

(2) Cfr. *La responsabilidad civil*, trad. esp. de FUENTES LOJO y PERÉ RALUY, edit. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 10.

1.104, número 1.º, de nuestro Código Civil, en concordancia con el párrafo segundo del 1.176 del de Italia de 1942) con respecto a la que lo es de *resultado*, siendo así que la diferencia estriba en que en éstas últimas el contenido del resultado debido no se determina, dice JORDANO FRAGA (3), con arreglo a un modelo de conducta prefijada por el ordenamiento jurídico, sino que, más bien, por la presencia o ausencia de un *opus*, de una alteración en el mundo físico. En el supuesto de que se esté en presencia de una relación obligacional de *diligencia y prudencia* no puede extraerse la consecuencia de que la no obtención del resultado perseguido por el *accipiens* suponga un fracaso solutorio (ya que la frustración del resultado puede ser el presupuesto del incumplimiento, pero no se identifica con éste). En último extremo la obligación de *medios* debe apreciarse teniendo en cuenta, por un lado, la particular dificultad inherente, casi siempre, a la labor que los profesionales hayan de realizar y, de otra parte, a la exigencia ya apuntada, consistente en la permisibilidad de una razonable libertad en la elección de los medios considerados por ellos como los más idóneos para resolver de la mejor manera la tarea que se les haya confiado. Ello significaría, en último término, no perturbar la serenidad necesaria que para el cumplimiento del mandato necesita el *solvens*, haciéndole presente en todo momento los tipos de responsabilidad en los que puede incurrir si no cumple, lo hace a destiempo o realiza la prestación defectuosamente, artículo 1.101, inciso último, de la Ley sustantiva civil, en concordancia con el 1.218 del Código Civil italiano de 1942, "se non provache Tinadempimento o il ritardo e stato determinato da impossibilita della prestazione derivante da causa a lui non imputabile", pudiéndose correlacionar dicho mandato legal con lo que se preceptúa en los artículos 1.105, 1.182 y 1.184 de nuestro texto sustantivo civil.

A la omisión de aquella diligencia que la naturaleza de la obligación exija, artículo 1.104, número 1.º, del texto legal civil (sin más consideraciones, que la hay en nuestro caso (4), se la configura como un supuesto de culpa, y al ser ésta interpretada como el requisito determinante de la responsabilidad civil en ambas esferas, artículos 1.101, parte primera, y 1.902 y siguientes, al profesional que en el cuidado o resolución del asunto que se le haya confiado no dé la medida de la diligencia según los cánones del 1.104 de nuestro Código se le responsabiliza por *negligente* en el desempeño de su funciones en el ámbito de su profesión, sin que, al efecto, en nuestra legislación civil exista un precepto que contemple la compleji-

(3) Cfr. *La responsabilidad contractual*, edit. Civitas, Madrid, 1987, pág. 463; nuestra obra *La responsabilidad contractual*, edit. Bosch, Barcelona, 1989, págs. 47 a 53, y a YZQUIERDO TOLSADA, *ob. cit.*, págs. 253 a 269.

(4) Cfr. a JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, págs. 456 a 466.

dad de la cuestión encomendada a los fines de que, en tal caso, quede limitada la responsabilidad a los supuestos de dolo o culpa grave (5). Ello no sucede así al referirnos a la doctrina legal y comprobar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1984 no estimó la culpa del cajero de un banco que pagó un talón falso extendido con gran perfección, ya que, dice, hubiera sido necesario ser expertísimo para percibirlo. Y en la propia línea científica a la que nos referimos el Código Civil italiano contiene un precepto, el 2.236, que literalmente dice: "Si la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave", de lo que se infiere que si el encargo supone la resolución de problemas de particular dificultad la responsabilidad se actuará según los principios generales que la establecen, corriendo la carga de la prueba por cuenta del que afirme la ausencia del medio que fue objeto de su compromiso, artículo 2.697, número 1.º, del Código italiano de 1942, el que puede correlacionarse con el 1.315 del de Francia y 1.214 del Código Civil español, por aquello de que *onus probandi incumbit ei qui dicit*, principio procesalista que lo han venido sosteniendo, entre otras, las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 19 de enero de 1948, 10 de enero de 1951, 23 de diciembre de 1954, 10 de junio de 1959, 20 de febrero de 1960 y 22 del mismo mes de 1963.

La doctrina italiana, frente a la resolución de complejos problemas, tiende a la valoración de la culpa profesional de manera prudente y la jurisprudencia del propio país ha adoptado la misma línea de valoraciones en la afirmación de esta clase de culpas y enfila a limitarla, en todo caso, a los supuestos de evidente *incuria e impericia inexcusable*. En tal sentido la Corte Suprema italiana, en Sentencia de 13 de julio de 1945, afirmó que: *En la valoración de la culpa profesional no debe prescindirse de la razonable incertidumbre que humanamente se halla vinculada a las apreciaciones de tales profesionales. De ahí que la responsabilidad no surja si el comportamiento que ha causado el daño no se ha basado en criterios que, según el criterio no revisable del Juez de instancia, no son por sí mismos culpables, aunque por el alea que acompaña la actividad del hombre pueda surgir un daño de tal comportamiento* (6).

Efectuadas las precisiones que nos preceden en anteriores páginas se intuye con claridad que de las afirmaciones consignadas, resulta que la responsabilidad de referencia no es atributo exclusivo de los profesionales citados, sino que, también, alcanza (o mejor puede alcanzar) a otros que

(5) Cfr. a MORALES MORENO: "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", *ADC*, 1982, págs. 604 a 609.

(6) Cfr. a BONASÍ, del que hemos tomado la cita jurisprudencial, *ob. cit.*, pág. 308.

ejerzan profesiones liberales diferentes. Que la *esencia* de la responsabilidad en relación a sus clientes será del mismo orden convencional en cualquiera de los casos en los que no se avengan al cumplimiento del programa solutorio preestablecido. Y que la clase de prestación que demanda la relación obligacional a la que se hallan vinculados los citados profesionales es de aquella condición de las que se satisface con la observancia de la diligencia y prudencia debida, configurándose así, en base a la naturaleza de la *solutio*, aquel tipo de obligaciones que la doctrina ha calificado como de "obligaciones de medios", en contraposición a las que lo son de *resultado* (7).

Todo lo que se ha dicho anteriormente obliga a tener presente que la actuación de la responsabilidad a la que hubiere lugar habrá de concebirse bajo los parámetros de una mayor complejidad de la que resulta de las obligaciones de *resultado* y en relación, en tales supuestos, a los intrincados que resulten ser los problemas a resolver por el profesional respectivo. Partiendo de esta idea es por lo que se encuentra a faltar en nuestro ordenamiento civil un precepto del tenor del artículo 2.236 del Código Civil de Italia de 1942; de esta forma se evitarían en mayor medida, creemos, un buen número de reclamaciones judiciales contra determinados profesionales, especialmente contra los Médicos, por el incumplimiento de prestaciones a las que no venían obligados a realizar si bien se mira el tenor de la obligación que asumieron y la naturaleza intrínseca de la *solutio* que constituía el/m de la trama obligacional de referencia, que no el *objeto* del contrato, cual confusión se advierte del análisis del artículo 1.271, párrafos 1.º y 3.º, del Código Civil, colocado en la Sección 2.ª, del capítulo II, del título II, del libro IV, y rotulado bajo la denominación "Del objeto de los contratos", si se tiene presente que el objeto de los contratos es, invariablemente, el nacimiento de una o más obligaciones y, sin embargo, se funcionaliza el precepto a la consecución de los mismos fines a los que ya se enfila el artículo 1.088 del propio texto.

Cuestión la que dejamos expuesta en el anterior párrafo que, por otra parte, puede constatar de lo que se preceptúa en el artículo 1.254 de la misma Ley sustantiva civil, al afirmar el precepto de referencia que "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otro u otras, ...", y consignar el citado artículo 1.088 del Código que "Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa" (8). En definitiva, el *objeto* de un contrato, como diría Luis DIEZ

(7) Cfr. a DEMOGUE: *Traite des obligations*, t. V, núm. 1237, y t. IV, núm. 599.

(8) Cfr. el art. 1.126 del Código de Napoleón que confunde lo que es el fin de una obligación por el objeto del contrato. Y así sucede con nuestro art. 1.271 del Código Civil, lo que en mayor medida resulta más anormal si se tiene presente que ya el 1.254 lo había comprendido correctamente.

PICAZO, es el de hacer resurgir una o más obligaciones (art. 1.254), el fin de una obligación es, empero, el de satisfacer el interés del acreedor de una relación preexistente (art. 1.157), y éste se realiza dando o entregando, haciendo o no haciendo, porque en esto consiste toda obligación (art. 1.088 CC), íntegramente aquello a lo que el deudor se había comprometido, Sentencias, entre otras, de 3 de marzo de 1979 y 13 de mayo de 1985, habida cuenta que cumplir significa *dar, hacer o no hacer* exactamente aquello mismo que se está en deber, Sentencias del Tribunal Supremo, por todas, de 12 de marzo de 1924 y 15 de octubre de 1946 (9).

Nosotros creemos, aquí y ahora, y con la sola finalidad de que la problemática de la responsabilidad civil de los profesionales liberales quede mayormente clarificada, hacer unas breves referencias a las *obligaciones generales de prudencia y diligencia* y en relación a las *obligaciones determinadas* o bien que se concretan en la realización de unos singulares resultados para que pueda predicarse que la obligación alcanzó el fin que se había propuesto, cual era la satisfacción del interés creditual.

Hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse, dice JOSSE RAND (10). Efectivamente, si ello no fuese así no podría asegurarse que la obligación ha quedado cumplida y el interés activo satisfecho. Mientras sucede esto se dan otras situaciones obligacionales que sólo hacen referencia al comportamiento que el deudor deberá observar para con la finalidad de que el acreedor consiga el fin que de antemano se había propuesto alcanzar, siendo así que su éxito no está *in obligatione* como dependiente del deudor. En el primer caso se trata de las obligaciones de *resultado*, cual consecución por parte del *solvens*, como ya se ha dicho, es imprescindible para que se opere un cumplimiento. El segundo supuesto hace mención a la clase de obligaciones nominadas de *medios*, y es necesario que el obligado a ponerlos lo haga con toda la prudencia y diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, artículo 1.104, número 1.º, del Código Civil, y Sentencia de 25 de enero de 1985 (11).

(9) Cfr. nuestra obra *El pago*, edit. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 70 y sigs.

(10) Cfr. *Derecho civil*, revisado y completado por ANDRÉ BRUN, t. II, vol. I, "Teoría general de las obligaciones", trad. esp. de CÓNCHILLOS, Buenos Aires, 1950, pág. 83.

(11) El mérito de la clasificación que hemos traído a capítulo se debe a DEMOGUE, aunque con anterioridad la hubieran intuido GLASSON, RUBÉN y PLANIOL. ASÍ pues, que los que exploraron la sugesiva problemática de la responsabilidad se sumaron, en su mayor parte, a la corriente doctrinal propuesta por el citado autor, cuales fueron, de entre muchos, JOSSE RAND, *ob. cit.*; TUNC: "La distinction de obligations de résultat et des obligations de diligence", en *Sem. Jur.*, 1945, t. I, núm. 449; H. MAZEAUD: "Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, obligation

Al filo, pues, de lo anunciado en los precedentes párrafos procede ahora examinar el tenor de las dos clases de obligaciones, comenzando por las de resultado, bien que correlacionadas con las de medios y, finalmente, contemplar estas últimas, cual operación analítica es la que mayormente nos interesará habida cuenta de que los compromisos adquiridos por los profesionales liberales son más bien del orden de comportarse de un determinado modo y en una concreta dirección; en definitiva, de poner en obra su *industria, actividad y talento*; de prestar sus cuidados y suministrar sus esfuerzos en orden a conseguir un resultado, sin duda alguna, pero tampoco hay ninguna dificultad en afirmar que no se garantiza el éxito del resultado que el *accipiens* pretende alcanzar. En este sentido, y descendiendo al terreno de la casuística, puede asegurarse que *el Médico* sólo contrae la obligación de prestar cuidados concienzudos al paciente, conforme con las reglas de su ciencia y arte. *El Abogado* no garantiza el éxito de la causa cuando asume la defensa de la misma y si, empero, toda la diligencia, prudencia y pericia que sus conocimientos y experiencia le proporcionan. *El Notario* no puede asegurar que tras la autorización de una escritura de últimas voluntades o testamento, redactada conforme a los deseos del otorgante, y bajo el asesoramiento jurídico de aquél, los herederos, legitimarios y legatarios pasarán y estarán conformes con la última voluntad del causante, siendo así que ninguno de los llamados a heredar ejercerá ningún tipo de acción por razón de dicho instrumento público.

1. *La obligación determinada o de resultado*.—La obligación determinada u obligación de *resultado* dicen los MAZEAUD y TUNÇ que ciertamente es el tipo de relación obligacional más corriente. DEMOGUE se limita a decir que en esta clase de obligaciones se es deudor de un resultado y pone como ejemplos la obligación del mandatario encargado de cumplir un acto, la del porteador, la que asume el empresario que se compromete a construir un edificio, la del comodatario o la del depositario, que han de devolver la cosa prestada. El autor citado puntualiza que el deudor contraerá la correspondiente responsabilidad si no se alcanza el resultado que la propia obligación lleva implícito. En definitiva, dicen los escritores citados al principio, lo que caracteriza la obligación de resultado es que, cuando no se ha logrado el resultado que se quería por las partes, es que se presume responsable al deudor, salvo que pueda probar que la no

déterminée et obligation générale de prudence et diligence", en *Rev. trim. droit civile*, 1936, págs. 1 y sigs.; LUIGI MENGONI, en Derecho italiano, "Obligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", *Riv. deldirit. comerciòle*, 1954; PIERRE PACHE, en Derecho suizo, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat en droit français et son application en droit suisse*, Laussana, 1956; VON RYN, en Derecho belga, *Responsabilité aquilienne et contrats*, núm. 17, París, 1933.

producción de dicho resultado obedece a un caso de fuerza mayor por imposibilidad objetiva y absoluta de realizar la prestación, así que resulte legal o físicamente imposible, artículo 1.184, del Código Civil, en relación al 1.105, número 2.º, del propio texto legal, y en tanto en cuanto la dificultad se haya producido sin la intervención culpable del deudor y anterior a que éste hubiera incurrido en mora, párrafo 3.º del artículo 1.096 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1984 (12).

Este es el régimen de la prueba que se delineó para cuando la obligación fuera de las de "resultado", al punto que se presume en contra del deudor la responsabilidad por el incumplimiento (cuando el acreedor haya demostrado la existencia de la obligación, inciso 1.º de nuestro artículo 1.214 de la Ley civil en concordancia con el párrafo 1.º del artículo 1.315 del Código de Napoleón), así que no acredite la extinción de la obligación por alguno de los modos a los que hace referencia el 1.156 del Código Civil, artículo 1.214, parte segunda, de nuestro ordenamiento civil y en concordancia con el segundo párrafo del artículo 1.315 del Código Civil francés, y ambos preceptos en relación al número 2.º del 2.697 del moderno Código italiano de 1942.

Las obligaciones generales de prudencia y diligencia han sido propuestas por la doctrina francesa y admitidas por su jurisprudencia como una derogación del orden procesal establecido por el Código del país vecino, y ello por razón de que subvierten las reglas que para determinadas o de *resultado* se halla reglado, al tenor de lo que se ha indicado, al exigir que el demandante-acreedor pruebe la falta de *diligencia y pericia* que se le imputa que no ha observado el deudor. Siendo así que, como afirma JOSSE RAND (13), la responsabilidad contractual, infinitamente más ventajosa para el demandante que la responsabilidad delictual, cuando se pone en juego con ocasión de una obligación de *resultado*, llega a ser de un rendimiento sensiblemente equivalente cuando se evoca con motivo de una obligación de medios.

Al respecto, después de todo lo que se ha dicho, cabría argumentar si es que en los supuestos de obligaciones *determinadas* o de resultado no se dan la *prudencia y diligencia* necesarias para la obtención del resultado que tiene por finalidad satisfacer el interés activo de la relación obligacional. Así es, efectivamente. Tanto la diligencia como la prudencia y el buen hacer son requisitos de esencial necesidad para el cumplimiento de toda

(12) Cfr. a KARL LARENZ: "Derecho de obligaciones", t. I, trad. y notas de JAIME SANTOS BRIZ, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, págs. 310 a 313, y la Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 1 de mayo de 1912.

(13) Cfr. la *ob. du*, pág. 84.

clase de obligaciones, y en sus méritos es evidente que para el exacto cumplimiento de cualquiera de los compromisos que el deudor haya asumido en una relación de obligación resulta elemental que su conducta prestatoria se avenga a los cánones de la prudencia y diligencia, a los que hacen mención los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1.104 de nuestro Código Civil, y ello con la finalidad de que, por su inobservancia, no quede la prestación adeudada sin realizar, produciéndose, así, el incumplimiento de la obligación y, en vía de consecuencias, se determine la responsabilidad en contra del obligado al pago, correlacionándose la determinación del contenido o medida del daño en función de la importancia del elemento subjetivo, artículo 1.107, números 1.º y 2.º, del Código Civil (14).

2. *La obligación de prudencia y diligencia.*—Algunas obligaciones tienen como punto de referencia una conducta de cooperación *valuable*, según un criterio de diligencia y buen juicio. Estas son las obligaciones de *medios*, llamadas también obligaciones de *pura diligencia*, son, dicen los MAZEAUD, ciertamente más raras. Constituyen, en todo caso, un régimen de derogación del que le es común a la relación obligacional o convencional. Al referirnos a este tipo de obligaciones hacemos referencia a la circunstancia de que la naturaleza de la prestación objeto de la obligación no consista en dar una cosa determinada, indeterminada o genérica, ni en el producto resultante de una actividad comprometida. Apuntamos hacia aquella clase de obligaciones que al actuar su contenido se comprueba que la naturaleza del débito es "el desarrollo de una actividad productiva en interés del acreedor", operación que debe ser controlada conforme a un criterio de diligencia, prudencia y habilidad técnica, acorde con los servicios que el *solvens* hubiere convenido. En el supuesto de la relación obligatoria que contemplamos, cual es la de *medios*, la diligencia, aun siendo una manera de comportarse que jurídicamente es exigible en toda clase de obligaciones, con independencia de la naturaleza intrínseca de sus respectivas prestaciones (15), es *idónea* para conformar el contenido de aquella deuda que resulta ser *objeto* y fin de una relación "general de prudencia y diligencia", pues hay que decir que, en tal clase de obligaciones, el deudor promete *solamente* poner la necesaria diligencia para conseguir el resultado deseado por el acreedor. Efectivamente, son obligaciones en las que la

(14) Cfr. nuestra obra *La responsabilidad contractual*, t. II, vol. I, edit. Bosch, Barcelona, 1989, págs. 47 y 48; MAZEAUD y TUNC: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, t. I, vol. I, trad. de la 5.ª edic. francesa por ALCALÁ-ZAMORA, Buenos Aires, 1961, págs. 129 y 130; JOSSERAND, *ob. cit.*, págs. 83 a 84.

(15) Cfr. a BADOSA: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 217 y sigs.; JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, edit. Civitas, Madrid, 1987, págs. 123 a 135, por todos.

diligencia del sujeto pasivo de la relación es el objeto de la obligación. Ello sucede así por el hecho de que el fin pretendido por el *accipiens* es demasiado aleatorio para que el deudor se involucre en su consecución, depende demasiado poco de su aportación prestatoria personal la obtención de lo que se quiere conseguir y por esta razón es por la que las partes no han fundamentado *el fin de la obligación* en la sola prestación del deudor. El resultado, dicen los MAZEAUD, debe considerarse como algo *externo* a la convención que dio vida a la obligación de prudencia y diligencia, lo que no impide que el obligado se esfuerce para que el acreedor lo pueda conseguir (16).

Lo que sucede es que al referirnos a la prudencia y diligencia como elementos constitutivos del débito, y ésta como el objetivo a conseguir por la mediación del establecimiento de la obligación, la hemos funcionalizado como *actividad jurídicamente debida*, cual pretensión se persigue en base al establecimiento de la obligación "general de prudencia y diligencia" u obligación de *medios*, de forma y manera que cuando lo que constituye el objeto de la relación no se actúa por el deudor se produce el incumplimiento de la obligación y, por sus consecuencias, se concreta la responsabilidad (17). Es notorio que en el marco de este régimen del derecho de las obligaciones, a las que DEMOGUE en su obra citada llamara relaciones de medios, no podrá ni deberá confundirse lo principal por lo accesorio, cual tesis postulan los que sostienen el viejo principio de la culpa, también en la ocasión de las relaciones *determinadas* o de *resultado*. Cuando en la oportunidad del caso la obligación tenga por objeto la realización de una prestación que tenga por contenido un determinado comportamiento, su violación significará siempre el *incumplimiento de la obligación*, por no haber actuado el obligado lo que constituía *el contenido principal de la relación*, cual es el de "tomar ciertas medidas que normalmente son capaces de llevar a cierto resultado" (18).

El fin de la obligación de medios lo constituye la *diligencia* que el deudor ha comprometido en la relación, pues, como dice JORDANO FRAGA, el interés primario del acreedor no está *in obligatione*, y por otra parte, y en relación a lo indicado por el citado autor, el resultado es demasiado aleatorio para que el titular pasivo de la obligación tome una participación en su éxito, el objeto de su colaboración en la consecución del resultado que persigue el *accipiens* es prestado sólo a modo de coadyuvar a conseguir lo que el acreedor pretende, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de

(16) Cfr. la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de mayo de 1936.

(17) Cfr. la bibliografía que, al respecto, se cita en la *nota* 3 de nuestra obra *La responsabilidad contractual*, t. II, vol. I, pág. 48.

(18) Cfr. a los MAZEAUD y TUNC, *ob. cit.*, pág. 130, t. I y vol. I.

julio de 1987, considerando cuarto, que al hacer mención a un caso de diligencia profesional distingue las obligaciones de "medios de las de resultado" (19).

Nosotros, aunque tarde, reconocemos el mérito de la clasificación de DEMOGUE, y nos sumamos a los que lo hicieron sólo al conocer la obra, entre los que se encuentran, por todos, JOSSEAND, PLANIOL, JEAN SAVATIER, MEZEAUD, VAN RYN, MENGONI, LACRUZ, DIEZ-PICAZO, JORDANO FRAGA, HERNÁNDEZ-GIL, etc. La diferenciación de relaciones obligacionales en base a la naturaleza del débito permite contemplar, en el ámbito convencional, un tercer género de obligaciones en función del fin que persigue el instituto, y cuando el acreedor espera del deudor un comportamiento acorde con los cuidados exigidos por las relaciones "leales", artículo 240 del Código de las obligaciones polaco, de 1934; se observa que la diligencia, cuando es contenido de la prestación, y no se lleva a término armónicamente con el servicio pactado, determina el incumplimiento y éste la responsabilidad (20) del obligado a prestarla, como actividad debida, pudiéndose exonerar de la misma (cuando el acreedor pruebe que, efectivamente, hubo incumplimiento) si el deudor alega la imposibilidad liberatoria por causa que no le es imputable, al tenor de los artículos 1.105 y 1.184 del Código Civil, todos. Cuestión ésta de la carga de la prueba que en los supuestos de daños a la obligación de "medios" se podrá correlacionar ésta con aquella otra obligación resarcitoria de los daños aquilianos, ello por haberse operado una inversión de la carga de la prueba en el marco de las obligaciones de *medios*, alterándose así lo que se contiene en el artículo 1.214 del Código Civil, en concordancia con el precepto 1.315 del Código de Napoleón de 1804.

En definitiva, pues, la clasificación de DEMOGUE, en la esfera convencional, viene a funcionalizar la diligencia al modo y manera que lo hace nuestro texto legal civil, en lo referente al comportamiento que se exige del deudor (arts. 1.104, 1.094, 1.468, núm. 1.º, etc.) en las obligaciones determinadas o de resultado, por cuanto es una actividad jurídicamente exigible. Cuando la relación demanda una prestación consistente en la prudencia y diligencia (arts. 270, 1.719, núm. 2.º, y 1.889) (21), siendo así que lo que se debe es una actividad, el citado autor francés califica a la obligación como de "obligación de medios", y ésta es la razón de la

(19) Cfr. la citada Sentencia y el comentario a la misma que realiza RICARDO DE ÁNGEL, *Vid. los cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 1987, págs. 4961 a 4981.

(20) Cfr. a BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, edit. Rev. de Derecho Privado, trad. esp. de Los Mozos, t. I, Madrid, 1969, pág. 142.

(21) Preceptos que han sido citados por BADOSA COLL, *ob. cit.*, en la nota 15 de este capítulo.

similitud a la que hacíamos referencia, y en relación a la diligencia. Efectuadas estas precisiones puede intuirse con facilidad que la falta de una conducta diligente no ha de convertirse, forzosamente, en lo contrario, en un comportamiento negligente y, en su consecuencia, determinar la responsabilidad por culpa. No es ésta la cuestión cuando de una relación de *medios* se trata.

La diligencia y la prudencia, elementos-objeto de la obligación, *cuando son contenido de la prestación*, y ésta no se ejecuta exactamente, conforme a los preceptos que regulan un estricto pago, se producirá el incumplimiento que es, como dice BADOSA (22), la simple negación de la diligencia. Tanto en este supuesto de una obligación general de prudencia y diligencia, como en aquellos otros que la prestación consista en la entrega de una cosa determinada o indeterminada (arts. 1.166 y 1.167 CC), así como en el resultado de una actividad, el acreedor tendrá derecho, siempre, a que se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hubieren causado por la infracción del principio *alterum non laedere*, pues se refiere al daño producido por la deslealtad observada en relación a los intereses contractuales, o por la violación de aquellos deberes que, en el ámbito extracontractual, implican la injerencia en la esfera del interés ajeno, artículo 1.902 de nuestro Código Civil; siendo el contenido de aquellas exigencias el que resulte de su determinación, en función de evaluar cuál haya sido la intervención del elemento subjetivo, artículo 1.107 del ordenamiento civil.

Nosotros creemos que la diferenciación de las relaciones, en el ámbito contractual, efectuada por DEMOGUE, habrá puesto de manifiesto, como así lo hace el caso fortuito a contrario imperio (art. 1.105 CC nuestro), que la diligencia, en las obligaciones de *medios*, cuando no se presta no se transforma en aquella culpa que determina la responsabilidad (art. 1.101 del texto legal civil), y en lo concerniente a las relaciones *determinadas* o de *resultado* la falta de aquella prudencia y diligencia necesarias para que se produzca la prestación, si concurre al acto del incumplimiento, agravará la entidad del daño que toda infracción de una relación puede conllevar para el acreedor. Así pues, la responsabilidad se concretará a virtud de la contravención del tenor de la obligación, y ello sucederá a la vez que al obligado al cumplimiento no le asista algún motivo que, al amparo de los artículos 1.105, 1.182 y 1.184 del Código Civil, le exonere del incumplimiento (23).

La diligencia y la prudencia, como se ha dicho, sólo constituyen *el fin* de la obligación *cuando conforman el contenido del débito*, cual sucede con la obligación de *medios*. La problemática prestatoria de las relaciones

(22) Cfr. *ob. cit.*, pág. 510.

(23) Cfr. a JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, págs. 150 y sigs.

de obligación *determinadas* o de *resultado* se afronta mediante la entrega de la cosa corporal comprometida o la realización de la actividad que ha de producir el resultado que es el objeto de la obligación, dice HERNÁNDEZ-GIL. El deudor no puede pretender excusarse de la no ejecución de la prestación comprometida en el programa prestatario que se contiene en el núcleo de la relación, argumentando que no ha podido *dar* o *hacer* aquello que debía por razón de las dificultades que ha encontrado en el trayecto prestatario, aun habiendo observado la prudencia y diligencia que han estado a su alcance. Pues, amén de que la violación de una norma de conducta se arbitra mediante métodos objetivos, como así lo entiende la doctrina científica (24) y jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 8 de noviembre de 1977, 12 de febrero de 1981 y 22 de noviembre de 1983, entre otras, lo cierto es que la satisfacción del interés del acreedor depende de la realización de la entrega o del resultado empeñado, pues el obligado es deudor de un resultado y en función de si éste se ha producido o no se dará el incumplimiento de la obligación, y en base a este hecho objetivo se actuará la responsabilidad; es conveniente tener presente que, en este tipo de relaciones, lo que el acreedor pretende, y el deudor compromete, es una cosa, determinada o indeterminada, o un concreto resultado que altere la realidad física anterior (la construcción de este o aquel edificio), aunque para conseguir el fin que las partes se han propuesto hayan de concurrir al acto prestatario todas aquellas cautelas que la hagan posible, cuales son la *diligencia y prudencia* necesarias, conforme a los criterios que se dejan establecidos en el artículo 1.104 del Código Civil nuestro, en relación a los preceptos, 1.137 del Código Civil de Francia, parágrafo 276 del BGB alemán y artículo 1.176 del moderno Código Civil de Italia de 1942 (25). Si bien se intuye de todo ello que en las relaciones *determinadas* o de resultado la diligencia es una actividad o comportamiento jurídicamente exigible, dice BADOSA (26), pero no, empero, constituye el contenido de la prestación y, en consecuencia, el fin de la obligación como sucede en la obligación de *medios*. Ello traerá como lógica conclusión lo que ya con anterioridad hemos venido afirmando {Vid. nuestra Parte General, t. I, cap. II, págs. 70 a 84}; en uno y otro caso la falta de diligencia que por ley sea exigible (arts. 1.094, 1.104, 1.122, etc.) agravará el contenido del daño que haya producido el incumplimiento y, en el supuesto de la relación de *medios*, determinará la responsabilidad por su

(24) Cfr. a JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, págs. 118 y sigs.; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1979, págs. 711 y 712, entre otros autores de aquí y extranjeros.

(25) Cfr. a BETTI, *ob. cit.*, págs. 142 a 144; JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, págs. 172 a 181; MAZEAUD y TUNC, *ob. cit.*, págs. 129 y 130.

(26) Cfr. *ob. cit.*, págs. 215 y sigs.

doble condición de actividad *debida* (arts. 270, 1.719, núm. 2.º, y 1.889 del CC, y Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1933) y *exigida* jurídicamente, como sucede en las relaciones *determinadas* o de *resultado*.

Enfilada la temática de las responsabilidades en las que pueden incurrir ciertos profesionales liberales y vista la panorámica desde el punto de mira bajo el cual la hemos contemplado, habiendo tomado como piedra de esquina del edificio obligacional al que hacemos referencia "las obligaciones generales de prudencia y diligencia", es bien evidente que la clasificación de DEMOGUE nos vendría bien oportuna, y que el interés de una distinción pormenorizada habría de facilitarle al lector, en mayor medida, la comprensión de aquellas cuestiones que, en el ámbito empírico, se plantean en relación a determinar cuál sea el *objeto* exacto de la obligación que una de las partes ha empeñado en beneficio del otro contratante.

Por muchas y encarnizadas que hayan sido las discusiones doctrinales acerca de la admisibilidad de la *idea clasificatoria* de las obligaciones, en "obligaciones de resultado" u "obligaciones de medios", lo cierto es que la temática en cuestión resulta de suma importancia. Primero, porque en un caso dado se llega al conocimiento exacto de cuál es el fin de la obligación y la naturaleza de la prestación por virtud de la cual se satisfará el interés activo o creditual. Y en segundo término, porque según sea la naturaleza intrínseca de la *solutio* la carga de la prueba, en punto a una acción judicial resarcitoria, correrá por cuenta y cargo de una u otra parte del pleito en función de si se puede calificar a la obligación de *medios* o bien de *resultado*; en el *primero* de los supuestos será el acreedor que habrá de demostrar que el deudor no ha cumplido y en el *segundo* correrá por cuenta del *solvens* la prueba de que la obligación ya se extinguió, parte segunda del artículo 1.214 del Código Civil, o, en otro caso, alegar la imposibilidad solutoria *objetiva* y *absoluta* (con las reservas que a dicho término le oponemos por aquello de que al ámbito del Derecho se le avienen mejor las *cuestiones relativas* que las absolutas) conforme se colige de los preceptos 1.182 y 1.184, ambos en relación al 1.105, número 2.º, todos de la Ley civil.

Podríamos cerrar el círculo de las ideas que nos preceden trayendo a colación el clásico ejemplo de las *cajas de seguridad* que los bancos poseen y ponen a disposición de sus clientes mediante el correspondiente contrato de arriendo. El *quid* de la cuestión estriba en comprender cuál será la clase de obligación que asume la entidad financiera por razón del arrendamiento de una caja de seguridad, *precisamente*. Al respecto, DEMOGUE (27) en-

(27) Cfr. la *ob. cit.*, t. VI, núm. 599.

tendió que el objeto de la obligación lo podría satisfacer el banco asegurándole al cliente una determinada vigilancia, aunque debía ser de grado elevado. A la idea se le opuso CAPITANT (28) con el argumento de la incertidumbre que para los arrendatarios del servicio significaba el resultado o la recuperación de los objetos depositados en las mentadas cajas de seguridad. Del examen del presente caso es fácil extraer el convencimiento de que de lo que se trata es de una obligación *determinada* o de *resultado*, lo que se intuye del contexto psicológico del que contrata un espacio *fijo y cerrado en un lugar seguro*.

Las partes contratantes, desde un principio y del modo más natural, conciben la obligación de la entidad bancaria como una obligación de *resultado*, de tal forma y manera esto es así que los clientes del banco tuvieran el convencimiento de que los objetos que depositan en aquellas cajas corren algún riesgo, que es aleatoria la recuperación de las cosas depositadas, pueden ustedes tener por bien seguro que no habrían contratado con la entidad de referencia. No es jurídicamente aceptable, en este contexto social y negocial, argumentar que el banco sólo se comprometía a prestar *un servicio de vigilancia* y a mantener los locales debidamente acondicionados para que ofrezcan la seguridad para la finalidad a la que servían, trastocando así la realidad de lo que se espera del contrato al defraudar la confianza que se tenía en el *objeto* de la obligación que se había dejado establecida, cual cosa sucede cuando se pretende alterar *el fin de una obligación*. El cliente de una caja de seguridad espera recuperar sus pertenencias, sean pocas o muchas, cuando él lo determine y no sería razonable que su derecho se viera frustrado por alguna eventualidad que aun pudiendo ser atribuible al banco debiera cargar el acreedor de la relación obligacional con la carga de la prueba de que el deudor había incurrido en dolo o negligencia.

El anterior supuesto configura una *obligación de resultado* de la que sólo podrá liberarse el deudor cumpliéndola, o bien que en la oportunidad del caso concurriera una *fuera exterior* al círculo del contrato y que hubiera sido imprevisible y resultase inevitable, artículo 1.105, número 2.º, del Código Civil. No sería conforme a Derecho aceptar argumentaciones tendentes a querer demostrar que en la vigilancia de las cajas de seguridad se empleó toda la diligencia que podía haber observado el más precavido en sus negocios. En primer lugar, porque las cosas hablan por sí solas (*res ipsa loquitur*), donde debía haber seguridad no la ha habido, y, por ende, no se ha cumplido la obligación, cual operación prestatoria requería que el depositante hubiera podido recoger *todas y las mismas cosas* que tenía

(28) Cfr. "Les effets des obligations", en *Rev. Trim. droit. civil*, 1932, págs. 724 a 725.

depositadas en la caja de seguridad. En segundo término, vale la ocasión para recordar al lector que la observancia de la debida diligencia tendente al cumplimiento de una obligación, sea *determinada* o de *medios*, siempre es un presupuesto necesario para el cumplimiento del deber comprometido. La diferenciación está, en un caso u en otro, si la *diligencia* y la *prudencia* constituyen o no el objeto de la obligación lo que no se da en el presente ejemplo al tratarse de una relación que para su cumplimiento demanda *la ejecución del resultado* que el acreedor esperaba razonablemente del *solvens*.

Expuestas así las cosas y efectuadas las referencias que hemos creído oportunas en relación a las clases de obligaciones de *resultado* y de *medios*, por las incidencias que las mismas tienen en la temática de presente, afrontaremos seguidamente las clases de responsabilidad en las que pueden incurrir los Abogados, Notarios y Médicos en el ejercicio de sus respectivas profesiones.

a) *Contractual, normalmente*.—La exploración del origen de la responsabilidad en la que pueden verse involucrados los profesionales citados en el presente número requiere, como cuestión previa, *el análisis fáctico* del cómo se suceden las cosas en la realidad de la vida diaria entre los individuos de nuestra comunidad social, para la regulación de cuyos intereses está dado el Derecho. Normalmente el ciudadano que precisa asistencia técnico-jurídica busca el consejo de un Letrado, personándose, al efecto, al despacho de dicho Abogado. Lo propio sucederá cuando un miembro de la comunidad social cualquiera se encuentre necesitado de los servicios que le son inherentes a la función notarial, que si bien es pública no por ello configura al Notario como si de un funcionario público se tratara. Y en esta propia línea en la que se suceden los hechos se dará lo mismo en el sentido de que el enfermo acudirá a la consulta del Médico en la búsqueda del remedio sanitario adecuado que dicho profesional le puede proporcionar por sus conocimientos científicos y práctica profesional.

Y si las cosas se dan así normalmente (con escasas excepciones en los supuestos del ejercicio de la abogacía y notariado, pues la excepción abarca, en el caso del ejercicio de la profesión médica, un ámbito de supuestos más amplificado, por las razones coyunturales o de política sanitaria que se dirán) es por esta fundamental razón por la que afirmamos que el *tipo de responsabilidad* más corriente[^] que puede afectar a los aludidos profesionales es la que establece el artículo 1.101 del Código Civil, si en la oportunidad del caso el Abogado, Notario o Médico "contravinieron de cualquier modo el tenor de la obligación asumida explícita o implícitamente", comprendiéndose en dicho marco legal no sólo la responsabilidad por la infracción de la obligación principal, sino que, tam-

bien, la que se derive de la violación de todas las demás obligaciones accesorias y contravención de los deberes de protección del crédito y derechos que de él pudieren dimanar. Cuestión diferente será, en esta propia esfera convencional, cual sea la *clase de obligación* que haya quedado establecida en función de la prestación que el deudor viene obligado a realizar para satisfacer *el fin* u *objeto* de la obligación, habida cuenta de la clasificación en obligaciones de *resultado* y de *medios* que hemos dejado consignada en páginas anteriores, a cuyas exposiciones nos remitimos en evitación de reiteraciones.

Que el origen de la responsabilidad de los profesionales liberales pueda ser normalmente contractual no es asunto casual o del azar de la vida, es una cuestión que las partes han querido *expresamente* que fuera así y no de otra manera. La responsabilidad, si se produce, lo será con posterioridad al establecimiento de la *obligación de medios* (sin que quepa la posibilidad de excluir el planteamiento de un tipo de *obligación de resultado* en concretas ocasiones, cual podría ser, por ejemplo, la redacción y entrega de un dictamen o bien que solicitar del Médico un específico servicio radiológico o de análisis ordenado por otro facultativo), se determinará por el incumplimiento culpable de la obligación convenida y tratándose de una *obligación general de prudencia y diligencia* se operará la excepción de la inversión de la carga de la prueba que para las obligaciones determinadas o de *resultado* tiene establecida el artículo 1.214, número 2.º, en relación a la parte primera del mismo precepto. Y siendo así, cuando se den todas las circunstancias para que se pueda calificar a la responsabilidad de *obligacional* se dará *ipso facto* la *exclusión* de aquella otra clase de responsabilidad extracontractual, delictual o aquiliana, tesis que es conforme con nuestra legislación vigente al arbitrarse la una y la otra especie por preceptos bien diferenciados (arts. 1.101 y 1.902), y la doctrina legal, al respecto, más bien parece inspirada en la teoría de la incompatibilidad de ambas responsabilidades al afirmar, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1953 que la esencia de la contractual y la naturaleza de la extracontractual no son de fácil coexistencia (29), lo que se colige con evidente claridad de la doctrina sentada por las Sentencias dictadas por la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal de 26 de enero de 1984, entre otras (30).

b) *Extracontractual, delictual o aquiliana, excepcionalmente.*—En méritos de lo que tenemos dicho en el anterior apartado, lógicamente no

(29) Cfr. a JAIME SANTOS BRITZ: *La responsabilidad civil*, t. I, 5.ª edic, edit. Montecorvo, Madrid, 1989.

(30) Cfr. el epígrafe 2.º del cap. I. del vol. 2.º, del t. II, de nuestra obra *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, edit. Bosch, Barcelona, 1990.

cabe la producción de un daño *erga omnes*, sino que sólo frente al otro contratante. Pero sucede que en la ejecución de una obligación, nacida de un determinado contrato, pueden causarse perjuicios a un *tercero ajeno a la relación obligacional*. Y será en estos casos en los que el Abogado, Notario y Médico habrán de responsabilizarse de reparar el mal causado al amparo del artículo 1.902 y siguientes de la Ley civil. Ahora bien, en el supuesto del profesional sanitario las cosas son un tanto más complejas habida cuenta de la diversidad de supuestos de hecho en virtud de los cuales el Médico pone al servicio de los demás sus conocimientos científicos y habilidades profesionales. Y si se tiene presente, como diría EMILIO BETTI, que la ilicitud aquiliana se origina al tenor de una situación fáctica, la responsabilidad delictual del profesional mencionado es mucho más fácil que pueda darse en el ejercicio de la profesión médica que, posiblemente, en cualquier otro tipo de profesión, si se tiene presente la naturaleza de los bienes que por su mediación se pretenden proteger y las oportunidades en las que éste se ve obligado a intervenir sin que medie ningún tipo de relación con el paciente que está necesitado de sus servicios. Ello se da en caso de accidentes o bien que cuando el Médico presta sus servicios profesionales en un complejo hospitalario, cuyas eventuales responsabilidades se concretarán al amparo de los preceptos que las regulan por culpa intencional o negligencia y se dilucidarán a instancia del perjudicado y el Médico causante del daño que se reclama, habida cuenta del carácter de hecho propio que tiene la lesión producida al interés ajeno y sin perjuicio, todo ello, de la responsabilidad que por el hecho indicado le pudiese alcanzar al centro sanitario que lo tuviere empleado, artículo 1.903, párrafo 4.º, del Código Civil.

Otras circunstancias muy diferentes serán aquellas que aun habida una obligación preestablecida, procedente de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, se pretenda regular la correspondiente responsabilidad bajo la égida del 1.902 y siguientes y con el pretexto de que el profesional sanitario, como los demás, sin perjuicio de cumplir aquello a lo que se había comprometido, ha de hacer frente, a mayor abundamiento, a la observancia de los deberes que impone el *neminem laedere* (31). Esta es una cuestión que nosotros no podemos aceptar al haber sostenido con anterioridad (32) que el principio *alterum non laedere* es de condición polivalente en todo el ámbito o esferas de la responsabilidad civil, y por esta razón no es excusa válida el recurso a la esfera *aquiliana* para su pretendida prevalencia y reparar por su mediación aminoraciones patri-

(31) Cfr. a SANTOS BRITZ, *ob. cit.*, t. II de la edic. 5.ª, pág. 816.

(32) Cfr. nuestra obra *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1989, t. I, págs. 68 a 73.

moniales o extrapatrimoniales que bien pueden resarcirse por la vía del 1.101 del texto legal civil. Los motivos que califican un daño de contractual o excontractual son de otra índole muy diferente y no dependientes de la violación del *neminem laedere*, este principio de Derecho se infringe de cualquier modo cuando se inflige un daño a otro.

Sin entrar ahora, porque ya lo hicimos en el capítulo primero, epígrafe 4, de la obra citada en la *nota* 30 de este trabajo, a polemizar acerca de si puede o no darse la concurrencia de las responsabilidades *convencional* y *excontractual* en yuxtaposición, como así lo asegura la Sentencia, entre otras, de 19 de junio de 1984, si, empero, que viene al caso salir al paso de aquella otra idea que sostiene dicha Sentencia en el sentido de "que no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato, desplegará aquélla sus efectos propios".

Al respecto, y en méritos de los argumentos que hemos dejado vertidos, no creemos necesario insistir de nuevo en la idea que atribuya a cada uno de los institutos de la responsabilidad civil el mérito del *autoexcluirse* el uno al otro (33). Esta es una tesis científica que en el estado actual de las cosas (porque así las ha venido en disponer nuestro Código Civil delineándolas por separado y para ocasiones diferentes) no es discutida ni por la doctrina ni tampoco por un buen número de resoluciones del Tribunal Supremo, por todas, Sentencias de 20 de noviembre de 1896, 20 de abril de 1910, 31 de octubre de 1924, 1 de junio de 1951, 14 de octubre de 1983 y 9 de julio de 1984, entre otras muchas comprendidas *in extenso*. Pudiéndose añadir, eso sí, que la jurisprudencia, al respecto, es bastante caótica. Los MEZAUD y TUNC (34) advierten, al filo de la polémica que nos ocupa, que los Tribunales con excesiva frecuencia indistinguen el problema que los litigantes les someten a su consideración y, al respecto, aplican indiferenciadamente el artículo 1.382 y siguientes del Código de Napoleón (el 1.902 y siguientes de nuestra Ley civil) o bien que los preceptos que disciplinan la responsabilidad obligacional, artículos 1.146 y siguientes del propio Código francés (arts. 1.101 y sigs. del nuestro). A la tarea coadyuvan, en más de las ocasiones de las que sería de desear, los llamados prácticos del Derecho, que con llamarse así creen que todo el campo es

(33) Cfr. a BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, parte general, Madrid, 1959, págs. 739 y sigs.

(34) Cfr. el *Tratado teórico y práctico...*, t. I, vol. I, de la *ob. cit.*, pág. 146.

orégano, y por cuya mediación, las más de las veces, se subvierte el orden científico y se presta un enjuto servicio a la ciencia jurídica.

c) *Penal en la ocasión de una ilicitud de este orden por la acción u omisión contraria a la Ley punitiva.*—Es más que evidente que si un determinado profesional de los citados en este número, u otro que se le pueda asimilar, al tiempo de incurrir en responsabilidad profesional culpable civilmente, en ocasión del desempeño de la tarea que le haya sido confiada, *perforara la lámina de separación de los dos tipos de responsabilidad*, la civil y la penal, y en la oportunidad del caso el hecho lesivo se hallara tipificado en el Código Criminal está claro que incurriría en esta clase o modalidad de responsabilidad penal, la que, por su *vis atractiva*, prevalecería temporalmente a la civil y se enjuiciaría con preferencia, pudiéndose dilucidar al tiempo y ante el propio Tribunal de lo criminal la supuesta responsabilidad civil, lo que de no ser así habría que esperar a la conclusión del proceso criminal para que pudiera actuarse la responsabilidad civil ante el Tribunal competente de este orden (35).

2. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

Siguiendo el esquema doctrinal propuesto por IZQUIERDO TOLSA-DA (36), el que, al respecto, valoramos por sus aciertos, nos permite hacerle al lector la observación de que nos encontramos, al estudiar la responsabilidad en la que puede incurrir el Notario en el ejercicio de su profesión, prácticamente liberal, como así lo afirmaría el insigne Profesor LACRUZ, frente al estudio de la controvertida categoría profesional privada, pero que su contenido lo llena el ejercicio de funciones que por su trascendencia social son públicas, cuales circunstancias se dan, también, en el caso del Corredor de Comercio y con matizaciones, las que hiciera CHICO ORTIZ (37), con la figura del Registrador de la Propiedad. MARIANO IZQUIERDO, además, hace una meritoria exposición de aquellas otras profesiones que prodigan al servicio público como *complemento obligatorio de su actividad*, en cuyo apartado incluye al *capitán de buque*, *comandante de aeronaves* y al *práctico de puerto*. Nosotros nos excederíamos del

(35) Cfr. el epígrafe 1.º del cap. I de nuestra obra *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, vol. II del t. II, al objeto de que ampliando los conocimientos del tema de la ilicitud penal pueda comprenderse mejor la cuestión que se deja apuntada en este apartado; y SANTOS BRITZ: "La responsabilidad civil de los Médicos en el Derecho español", *RDP*, 1984, págs. 657 a 664.

(36) Cfr. la ob. d/., págs. 105 a 131, que a los fines que ahora se pretenden, cuales son el análisis de la responsabilidad civil del Notario, es imprescindible su exégesis por su propia rigurosidad.

(37) Cfr. la *Teoría y fórmula de la calificación registral*, Madrid, 1977-78, pág. 54.

sumario del presente trabajo, y en especial de este epígrafe, si no hiciéramos referencia exclusiva al Notario, aunque lo relacionemos convenientemente con el Registrador de la Propiedad o Mercantil.

Ante todo, la primera cuestión que se nos antoja es la de que conviene con preferencia clarificar, primero, que todo y como requisito previo, la averiguación de si el Notario por razón del ejercicio de su función notarial puede incurrir en responsabilidad y en base a qué presupuestos (lo que supondría y significará más adelante la indagación de la normal naturaleza de dicha eventualidad responsable y sus causas, facilitándonos, así, el marco o esfera para su exigencia), si el Notario es o no funcionario público. Esta fundamental constatación, al poner las cosas en el ámbito jurídico en el que les corresponde, servirá de orientación definitiva de cuál sea la esencia de la responsabilidad del fedatario, según sea el origen de la infracción que pueda acometer, y por sus méritos convalidaría, doctrinalmente hablando, la tesis jurisprudencial sentada por la fundamental Sentencia, en esta materia, de 3 de julio de 1965, o bien que se resistiría a aceptar las ideas que en la misma se dejaron consignadas.

Al Notario y al Registrador, por algunos, se les ha confundido con un funcionario público y ello es debido, en parte, a la existencia de algún que otro texto legal que así lo afirma, artículo 1.º de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, y 274, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, y no en menor proporción a la idea de que su profesión *privada tiene por contenido la función pública* en interés de la comunidad social, "esercizio privato delle pubbliche funzioni", diría ZANOBINI, cuestión que no significará la misma cosa frente a la prestación de servicios de necesidad pública prestados por otra clase de profesionales liberales, cuales podrían ser los Abogados y Médicos. Ambos profesionales, sin embargo, son responsables del incumplimiento de las obligaciones civiles que contraigan en el ejercicio de sus funciones y responderán del resarcimiento de los daños y perjuicios que causen a las víctimas con todos sus bienes presentes y futuros, artículo 1.911 del Código Civil en concordancia con el 2.740 de la Ley civil de Italia, promulgada y puesta en vigor el 1.942. Actúan en su propio nombre y perciben honorarios; tienen su propia clientela; son titulares de los locales y demás enseres que les son útiles para el desarrollo de su cometido; frente a sus empleados tienen la condición de patronos de éstos; y en su función de depositarios de la fe pública la dan en ocasiones diversas y de extremos diferentes (38). Aun así, los preceptos legales citados están en vigor y su disfuncionalidad en relación a la realidad constatada, como puede intuirse, no puede ser más desorientadora y en mayor medida,

(38) Cfr. a LACRUZ: "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador", *RCDI*, núm. correspondiente a los meses de enero y febrero año 1979.

como diría IZQUIERDO, la confusión aumenta si los artículos 1.º de la Ley Orgánica del Notariado y el párrafo 2.º del 274 de la Ley Hipotecaria se correlacionan con los preceptos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 106 de nuestro texto constitucional (39).

Con todo, no solamente no confrontan los presupuestos legales mencionados, al calificar al Notario y Registrador de funcionarios públicos, con la realidad vivida, sino que, ni siquiera, con otras normas colocadas en los propios textos, pero que, sin embargo, están diseñadas con una visión más realista de como son las cosas, y así es, efectivamente. La propia Ley del Notariado, después de que en su artículo 1.º ha calificado al *fedatario* de funcionario público, dice, en el siguiente artículo, que: "El Notario que requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes" (Cfr. el art. 3.º del Reglamento Notarial de 1944, modificado por Decreto de 22 de julio de 1967). Y en esta propia línea de pensamiento, que no favorece la que se contiene en el número 2.º del artículo 274 de la Ley Hipotecaria, el artículo 18 de la propia Ley advierte que: "Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas". Y por último, es definitivo, a juicio nuestro, el sólo enunciado del título XII de la Ley de referencia, "De la responsabilidad de los Registradores", al que le sigue el precepto 296 que en su párrafo 1.º deja bien claro que: "Los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y, en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen: 1.º..., 2.º..., 3.º..., 4.º... y 5.º", en conclusión se les coloca bajo la égida del 1.911 de la Ley sustantiva civil como a cualquiera otro ciudadano que se ejercita en el ámbito privado.

De todo lo expuesto es suficiente para reiterar que el Notario es un profesional liberal y no un *funcionario público* (sin que sea obstáculo para sostener tal afirmación lo que se contiene en el art. 2.º de la Ley Orgánica del Notariado), si bien que el contenido en dicha profesión lo constituya la función pública, la que se reglamenta por las normas del Derecho público que se desprenden del Derecho administrativo (40) y se concreta su aplicabilidad en el ámbito de la justicia conmutativa, la que hace refe-

(39) Cfr. a MARIANO IZQUIERDO, *ob. cit.*, págs. 117 a 121.

(40) Cfr. a NÚÑEZ LAGOS: "El Derecho notarial", en *Revista de Derecho Notarial*, 1954, núms. 5 y 6.

rencia a las relaciones de los particulares entre sí, y todo ello, como dice IZQUIERDO, por más que, adoptando un criterio estrictamente teleológico del fenómeno, "las situemos en un cuadro abstracto de funciones del Estado". En definitiva, pues, y siguiendo los acertados planteamientos del citado autor, bien puede estarse conforme con que no debe entenderse que las Leyes administrativas que consagraron el instituto de la responsabilidad objetiva o por riesgo de la Administración Pública (en especial la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957) derogaron las disposiciones que acerca de la responsabilidad patrimonial de los Notarios, Registradores y Agentes mediadores contiene la legislación notarial, hipotecaria y artículo 97, párrafo 2.º, del Código de Comercio, respectivamente.

La expresión "funcionarios públicos", a la que hacen referencia las Leyes del Notariado, de 28 de mayo de 1862, e Hipotecaria, sigue afirmando MARIANO IZQUIERDO TOLSADA (41), debe comprender en sentido excluyente de las de "funcionario administrativo" o "del Estado". *El funcionario administrativo* ejerce una función pública que interesa al Estado de manera directa e inmediata. *El funcionario público*, dice, "ejerce para el bien común, habitual o transitoriamente, una función pública reconocida por el Estado, interesándole directa o indirectamente, dice CHICO ORTIZ. De los daños y perjuicios ocasionados por el *funcionario administrativo* en ocasión del *normal* o *anormal* funcionamiento de los servicios públicos responde de modo *directo* la propia Administración Pública al amparo del párrafo 5.º del artículo 1.903 del Código Civil, en relación a concretos preceptos que ya se han mencionado y correspondientes a las Leyes de Expropiación Forzosa y su Reglamento, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Ley 7/1985, de 2 de abril, publicada en el BOE el 3 del propio mes y año, reguladora de la Bases del Régimen Local, y artículo 106, número 2.º, de la Constitución Española de 1978 (42). De las aminoraciones causadas por un *funcionario público* al que se le ha negado el carácter de funcionario del Estado debido al *ejercicio privado de su función pública*, notarial, calificadora o mediadora, no responde nadie más que el propio causante de los daños, con todos sus bienes presentes y futuros. Como así sucede, también, en las oportunidades en las que el propio Código Civil, para casos concretos, artículos 705, 712, párrafo 2.º, 715 y 1.223, deja establecida una responsabilidad atribuible al Notario.

Expuestas las cosas de la manera que las hemos dejado consignadas en las precedentes páginas, y habida cuenta que por las razones indicadas no

(41) Cfr. la *ob. cit.*, pág. 117.

(42) Cfr., al respecto, el cap. IV del vol. II, del t. II, de nuestra obra *La responsabilidad extracontractual...*

creemos que el *Notario* sea un funcionario del Estado (ni tampoco el Registrador, y en menor medida el Corredor de Comercio, ni el que anteriormente ejercía la profesión de "Agente de Cambio y Bolsa"), sino que un *ejerciente privado de funciones públicas* (43), procede afirmar que la responsabilidad civil en la que pueda incurrir, al igual que otros profesionales, habrá de asumirla con cargo a sus activos patrimoniales (art. 1.911 de la Ley civil) y cuando pudiera ser sancionatoria, personalmente, como cualquier otro profesional por las acciones u omisiones contrarias a Derecho y tipificadas en el ordenamiento represivo.

Importa ahora que ya sabemos que el Notario no es un funcionario propiamente dicho de la Administración Pública analizar cual sea el tipo de relación que tiene con sus clientes, normalmente. De este examen se podrá intuir el diagnóstico acerca de la clase de responsabilidad civil en la que podría incurrir el fedatario de referencia, más habitualmente. La responsabilidad penal, para la oportunidad del caso, será una cuestión puramente fundamentada en si la *ilicitud* imputable se encuentra tipificada en el Código Penal o no. Es cierto que las fronteras que separan los *ilícitos penal y civil* son hartó confusas, pero el recurso a la búsqueda en punto a la diferenciación de sus consecuencias más bien que a su intrínseca naturaleza, sería, dice QUINTANO (44), un error dogmático.

Al Notario acuden todas aquellas personas que precisan de su función como depositario de la fe pública, y le confían la redacción de documentos y su elevación a públicos, en ocasiones; en otras le piden asesoramiento en temas jurídicos de su incumbencia por su competencia y prudencia, cuyas buenas maneras de hacer las cosas han venido caracterizando la profesión del notariado y por esta importante razón interesa a todos que la cuestión siga por la misma trayectoria que la que nos han conducido hasta el punto en el que nos encontramos. Vistas así las cosas, pues, entre cliente y Notario, normalmente, se entabla una relación, a requerimiento del primero, que genera las obligaciones que, al respecto, constituirán el *objeto* de toda relación obligacional, cual cosa se advierte del texto del artículo 1.321 del Código Civil italiano al afirmar que: "Il contratto e l'accordo di due o piu parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale", y se constata del precepto 1.254 de nuestro texto legal civil al decir que: "El contrato existe desde que una o varias personas

(43) Cfr. a SAINZ MORENO: "Ejercicio privado de las funciones públicas", *Revista de Administración Pública*, números 100 y 102, vol. II, pág. 1701.

(44) Cfr. "La ilicitud civil y penal: el problema en su tipificación", *AJC*, 1957, págs. 207 y sigs., y nuestro trabajo "La perturbación del derecho de crédito y las cuestiones de la imputabilidad, causalidad y tipicidad en el Derecho civil", *RCDI*, julio-agosto de 1989, núm. 593, págs. 1196 a 1200.

consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa prestar algún servicio". En definitiva, bien puede asegurarse que entre los particulares y el Notario se establecen relaciones contractuales, ejemplo de una práctica usual podría resultar ser el depósito de sumas dinerarias o de otros valores, o bien que la entrega al fedatario público (que no al funcionario administrativo) de documentos sin expreso encargo de protocolizarlos, supuesto a virtud del cual el Notario habría de responsabilizarse por el incumplimiento de las obligaciones del depositario, artículo 1.766 del Código Civil, en relación a los preceptos 1.103 y 1.104 del propio texto legal, y siguientes del mismo Código.

Que la responsabilidad del Notario en relación a sus clientes es del orden contractual no creemos que en buen criterio doctrinal pueda negarse, ni siquiera bajo *la excusa de que es lo que no es*, funcionario de la Administración Pública, o el *pretexto de que la obligación notarial trasciende del simple interés de las partes requirentes*, en cuanto tiende, se dice, a tutelar el interés del público en general, esto es, el de todos aquellos que aun no participando en el acto autenticado por la intervención notarial lleguen a encontrarse en la situación de tener que dar crédito a la validez formal del propio acto. En este sentido, de configurarse entre Notario y cliente una relación de obligación procedente de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales es del modo más razonable a virtud del cual puede contemplarse la cuestión, y en esta línea o dirección están conformes, por todos, SANTOS BRIZ, PUIG BRUTAU, POLACCO, BONASSI, BARBERO y DE CUPIS. En lo que haga referencia a la clase de obligación profesional que el Notario asume en relación a su cliente, y atendida la naturaleza intrínseca de la prestación a realizar para satisfacer el objeto de la relación, caben en este ámbito, como así lo afirmábamos en el de la responsabilidad del Abogado, la diferenciación de aquellos dos tipos obligacionales en los que DEMOGUE (45), clasificó las obligaciones por razón de la esencia de la *solutio* que se estaba compelido a efectuar.

Así pues, que en el terreno profesional en el que se desenvuelve el fedatario, y en los confines de la esfera contractual en la que habitualmente se encuentra, se dan tanto las obligaciones que demandan prestaciones *determinadas* y concretas (la devolución del depósito o la entrega de la escritura pública otorgada por el cliente y autorizada por el Notario) como de aquella otra clase que sólo puede satisfacerse mediante la prestación debida de la *prudencia, diligencia y pericia* (conforme a contrario imperio se colige del número 1.º del 1.104 del Código Civil, en concordancia con el 1.176, párrafo 2.º, del Código italiano de 1942), nominadas

(45) Cfr. la *ob. cit.*, tomos V y VI, núms. 1237 y 599, respectivamente.

obligaciones de medios, cual sucede en la redacción, por ejemplo, de una escritura pública, que el Notario contrae la obligación de emplear toda la diligencia, prudencia y conocimientos jurídicos para con la finalidad de que su cliente consiga el fin de que por su mediación se ha propuesto, sin que, al efecto, y por razón de la propia naturaleza de la relación, pueda involucrarse al Notario *en el éxito o no del resultado* que se pretende conseguir. Por último, bien se pueden advertir que en el ejercicio profesional libre la clase de responsabilidad en la que más corrientemente puede incurrirse es la *convencional u obligacional y el tipo de prestación* más normal a la que el deudor se encuentra vinculado es *¡apuesta en actividad de todos aquellos medios que tienden a que el acreedor del servicio o mandante consiga el fin que se había propuesto*.

El Notario, en el ejercicio privado de la función pública, también puede hallarse involucrado en un supuesto de responsabilidad *aquiliana* si en la oportunidad del caso, interviniendo la culpa intencional o la negligencia, causare perjuicios a la esfera del interés de un tercero. La reparación de los daños y perjuicios, en tal eventualidad culpable, se operarían bajo la égida del 1.902 del Código Civil, precepto que genéricamente extiende su poderosa influencia a la totalidad de los casos concretos del ámbito de la responsabilidad que se contrae sin convenio previo, sino que más bien a partir de la producción del hecho lesivo de intereses que se correlacionan con la norma o principios del Derecho que los protege, Sentencias de 11 de marzo de 1967 y 9 de julio de 1984; SANTOS BRITZ, POLACCO y COVIELLO (46), en la que a la *legitimación activa* se refiere, al modo como lo comprendiera la doctrina sentada por la Casación italiana de 31 de julio de 1948, sostienen la posibilidad de que la acción resarcitoria competa, además de al titular actual de los derechos subjetivos, a los herederos presuntos, por ejemplo, que se vean privados de la herencia por la defectuosa actuación del Notario. De todas maneras ésta no es una tesis pacífica, doctrinalmente hablando, y al respecto un sector de la doctrina italiana argumenta que en el supuesto de responsabilidad por nulidad formal del testamento el Notario no lesionaría más que *una expectativa del heredero frustrado*. Faltaría en este supuesto, se dice, la lesión del derecho subjetivo y, por ende, un daño *cierto* y resarcible; requisito, por

(46) Cfr., respectivamente, "La responsabilidad civil", *ob. cit.*; *Successioni*, Milano, 1937, vol. I, y la *Successioni*, de COVIELLO, Nápoles, 1899, vol. IV, pág. 277.

(47) Cfr. SAINZ MORENO: "Ejercicio privado de las funciones públicas", *Revista de Administración Pública*, números 100 y 102, vol. II, pág. 1701.

(48) Cfr. "La ilicitud civil y penal: el problema de su tipificación", *AJC*, 1957, págs. 207 y sigs., y nuestro trabajo "La perturbación del derecho de crédito y las cuestiones de imputabilidad, causalidad y tipicidad en el Derecho civil", *RCDI*, julio-agosto de 1989, pág. 1196.

otra parte, el de la realidad perjudicial, que la jurisprudencia lo equipara a *presupuesto integrante de la posibilidad de que pueda prosperar una acción resarcitoria*, Sentencias de 30 de junio de 1954 y 14 de octubre de 1961, y de ahí su indeclinable necesidad de demostrar la realidad del daño para poder reclamar el cumplimiento de las obligaciones provenientes de la culpa extracontractual, Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, de 15 de febrero de 1925, 20 de abril de 1933, 13 de junio de 1942, 30 de junio de 1954, 5 de julio de 1961 y 10 de mayo de 1989, por todas.

La naturaleza de esta especie de responsabilidad civil se fundamenta en el *dolo* o en la *negligencia* del fedatario. Lo que no sucede así cuando el deber resarcitorio procede de la infracción del programa solutorio preestablecido *inter partes* y la prestación se relaciona con el *contenido de una obligación general de prudencia y diligencia*. En uno y otro casos, aunque originarios de esferas de la responsabilidad diferentes y hasta autoexcluyentes, será el acreedor perjudicado el que, al tenor del 1.214, párrafos 1.º y 2.º, debidamente conjugados, deberá probar que la *infracción* del *neminem laedere*, o bien que el *incumplimiento* de la obligación preestablecida, se produjo en base al elemento *subjetivo*, en el primero de los supuestos, y por no haberse desarrollado la *actividad* que era razonable esperar del *solvens*, según exigía la naturaleza del compromiso asumido y correspondía a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, en la segunda de las eventualidades determinantes del instituto de la responsabilidad.

Situada la problemática de la responsabilidad civil del Notario, y en lo menester y con matizaciones la del Registrador y Agentes Mediadores de Comercio, en los confines en los que la hemos enmarcado, según procediera de *ilícito contractual* o *aquiliano*, artículos 1.101 y siguientes, y 1.902 a 1.910, todos de la Ley sustantiva civil, así que, al propio tiempo, se han dejado individualizarse las situaciones responsables que pueden alcanzar a los *ejercientes privados de la función pública*, procede, para antes de concluir este epígrafe o número, averiguar *cual sea el criterio doctrinal que de esta cuestión tiene nuestro Alto Tribunal*. Y la sorprendente tesis la tomamos del *considerando sexto* de la Sentencia de 3 de julio de 1965 al afirmar, dicho texto judicial, que "la responsabilidad civil del Notario es de indudable origen y carácter legal, a tenor de lo dispuesto en el apartado 5.º del artículo 1.903 del Código Civil y le será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior (al tratarse el primero de ellos de un precepto de propagación de la responsabilidad que preceptúa el 1.902) y consiguientemente el plazo de prescripción de un año establecido en el

(49) Cfr. la *ob. cit.*, tomos V y VI, núms. 1.237 y 599, respectivamente.

(50) Cfr., respectivamente, "La responsabilidad civil", *ob. cit.*; *Successioni*, Milano, 1937, vol. I, y la *Successioni*, de COVIELLO, Nápoles, 1899, vol. IV, pág. 277.

número 2.º del artículo 1.968 del propio Cuerpo legal, con el que concuerda el último inciso del número 3.º del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957".

Científicamente hablando la tesis que se sostiene en la Sentencia de referencia no es razonable si la argumentación en la que se apoya se correlacionara, como así debía haber sido, con la realidad fáctica de tal y como se sucedieron los hechos que se le imputaron al fedatario. Para llegar a los razonamientos científicos que se dejan explicitados en el texto judicial no es ni siquiera excusa ni pretexto la falta de rigor jurídico que las partes contendientes emplean para calificar los hechos acaecidos y que el demandante hace derivar de los mismos una responsabilidad para el Notario demandado. Ni tampoco los justifica la idea de la Sala *a quo* al descartar que en el supuesto de autos se trataba de una relación obligacional entre cliente y Notario y si, empero, que concurría una relación expresiva de una obligación legal. Y en la propia forma de ver las cosas, jurídicamente razonado, tampoco podía tener ninguna incidencia distorsionadora, científicamente hablando, la tesis doctrinal que se vierte en el recurso de casación por infracción de la Ley contra la Sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona, amparada en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *articulado en un único motivo*, cual finalidad era la de defender que el régimen o marco en el que se arbitra la responsabilidad proveniente de una obligación legal no es el propio del en que se dilucida las responsabilidades convencionales.

Cuestión la que nos precede que por otra parte carece de todo el rigor científico que el instituto de la responsabilidad reclama al momento de diferenciar el origen y carácter de las obligaciones. Y ello es así cuando se comprueba que tanto la obligación proveniente de un contrato como la que trae razón de existir de la Ley presuponen haber sido establecidas con anterioridad al momento temporal en el que se produce la *ilicitud* y, sin embargo, la obligación extracontractual tiene su causa o motivo de existir, precisamente, en la mismísima producción del hecho lesivo al interés de un tercero. Pero con todo, y siendo lo dicho ya mucho, lo cierto es que también la combatida idea contraviene el tenor de la legalidad que se intuye de confrontar los artículos 1.089, 1.090 y 1.091 de la Ley civil y, todos ellos, en relación a los también artículos 1.092 y 1.093, ambos del mismo Cuerpo legal. Idea que cobra mayor fuerza, si cabe, al sentar las Sentencias de 5 de enero de 1949 y 30 de junio de 1961, que ni del texto del artículo 1.101 ni de los razonamientos que se contienen en la Sentencia de 13 de junio de 1903 puede sostenerse que sus preceptos sean aplicables solamente a las obligaciones contractuales, y que el propio precepto es de aplicación exclusiva cuando se trata de perjuicios causados por la resistencia a cumplir los contratos y las Leyes, Sentencias de 20 de noviembre de

1896, 3 de mayo y 31 de octubre de 1924 y 12 de marzo de 1926; doctrina que en estos propios términos y oportunidades sientan las Sentencias de 1 de febrero de 1910, 3 de mayo de 1924, 13 de junio de 1962, 12 de mayo de 1969, 18 de octubre de 1983 y 26 de enero de 1984 (51).

Pero la cuestión o piedra angular de la corriente doctrinal que la Sentencia de 3 de julio de 1965 introduce no puede descansar en los razonamientos que a modo de hipótesis hemos dejado consignados en el párrafo anterior. La errónea construcción doctrinal parte de la confusión que se opera al aceptar como acertada la consideración de funcionario público que las Leyes del notariado de 28 de mayo de 1862, e hipotecaria hacen del Notario y Registrador. Al partir de esta base científica tan poco *sólida* como *errónea* se preconiza que la responsabilidad del Notario por razón de las *ilicitudes* cometidas en su *ejercicio privado de la función pública* lo será del Estado, al amparo del párrafo 5.º del artículo 1.903, en relación al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. A los indicados razonamientos jurídicos del *considerando sexto de la Sentencia a la que nos referimos se llega por la mediación de apreciaciones de hecho y de Derecho poco depuradas en relación con las concepciones jurídicas que la doctrina científica viene predicando respecto a los institutos de las responsabilidades contractual y extracontractual y, en especial, a la que hace al marco o esfera en el que se debate la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación que la propia Ley había dejado prefijada con anterioridad a su contravención.*

Cuando se afirma, en el texto de la Sentencia de 3 de julio de 1965, que la responsabilidad del Notario, dimanante de las relaciones que sostuviera con su cliente, "es de indudable *origen y carácter legal*" se olvidan postulados científicos de la siguiente magnitud doctrinal:

1.º Que el encargo del cliente al fedatario que redactara, primero, y autorizara, después, una escritura pública de compraventa son presupuestos bastantes y suficientes para que se pudiera evidenciar por la vía de los hechos una relación obligacional sinalagmática que tenía por *objeto* el establecimiento de *mutuas y recíprocas obligaciones*, conforme se intuye del 1.254 del Código Civil, cuya violación del programa solutorio que se dejaba convenido había de provocar, forzosamente, el incumplimiento contractual, primero, y por sus méritos, después, la responsabilidad que se determina en el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, en relación a los preceptos 1.088 y 1.157, también del propio Cuerpo legal; porque éste es el razonamiento lógico, conforme a las reglas del criterio humano, que

(51) Cfr. nuestra obra *La responsabilidad contractual*, págs. 155 y sigs., y *Vid.* las págs. dedicadas a la introducción de la obra.

de la situación fáctica puede extraerse, por existir un enlace preciso y directo según las citada reglas del criterio humano, artículo 1.253, que no son otras que las del raciocinio lógico, Sentencia de 27 de junio de 1963.

2.º Que al tildar la responsabilidad del fedatario, en el presente caso, de "legal", amén de atribuirle a tal calificación el mérito de *anfibilógico* y remedio al que se recurre cuando no se acierta en llamar a las cosas por su nombre, atendida su naturaleza, se acude, sin solución de continuidad, a regularla bajo la égida de los preceptos que arbitrarán la responsabilidad extracontractual y no, sin embargo, al amparo de la normativa de aquella clase de responsabilidad que tiene naturaleza, por su origen, de contractual, conforme se intuye de 1.089 y demás preceptos y doctrina jurisprudencial que hemos dejado consignados anteriormente. Si esto es así, como lo es, al tenor de los argumentos que tenemos vertidos no se comprende la disfuncionalidad científica que se opera entre la realidad de los hechos de autos y el derecho que les viene en ser de aplicación por la mediación de las tesis doctrinales que se sostienen en el texto judicial que comentamos, por virtud de las cuales se viene en aplicar preceptos legales que su oportunidad hubiera sido más idónea en ocasiones en las que las cosas hubieran sucedido de otra manera.

Luis PASCUAL ESTEVILL
Doctor en Derecho. Magistrado