

APDC

Asociación de Profesores de Derecho Civil

Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil

XV JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL
A CORUÑA, 8 Y 9 DE ABRIL DE 2011



EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

CUESTIONES ACTUALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil
A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011



**CUESTIONES ACTUALES EN MATERIA
DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil
A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011

**SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE MURCIA
2011**

Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil /
XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil
Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2011.
450 p. (Editum Estudios de Derecho)
ISBN: 978-84-8371-483-6
Textos jurídicos - Siglo 20º - Textos.
Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones.
821.134.2-2(899)''19''

1ª Edición 2011

Reservados todos los derechos. De acuerdo con la legislación vigente, y bajo las sanciones en ella previstas, queda totalmente prohibida la reproducción y/o transmisión parcial o total de este libro, por procedimientos mecánicos o electrónicos, incluyendo fotocopia, grabación magnética, óptica o cualesquiera otros procedimientos que la técnica permita o pueda permitir en el futuro, sin la expresa autorización por escrito de los propietarios del copyright.

© Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2011



ISBN: 978-84-8371-483-6
Depósito Legal: MU-1228-2011
Impreso en España | Printed in Spain

Imprime: Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia
C/ Actor Isidoro Máiquez 9. 30007 MURCIA

Índice

Presentación	7
---------------------------	---

Ponencias

La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual	11
<i>Miquel Martín-Casals</i>	
El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras	121
<i>Andrés Domínguez Luelmo</i>	

Comunicaciones

La responsabilidad civil por riesgo derivado de las actividades espaciales	341
<i>Francisca Ramón Fernández</i>	
Daños en las relaciones familiares	361
<i>Inmaculada Vivas Tesón</i>	
Responsabilidad extracontractual por construcción en suelo –total o parcialmente– ajeno	371
<i>Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla</i>	
Consideraciones sobre la responsabilidad empresarial del 1903 CC	387
<i>Iris Beluche</i>	
La responsabilidad vicaria del cabeza de familia en el art. 1910 CC	393
<i>Jorge Sirvent García</i>	
La responsabilidad civil y la llamada imputación objetiva razonable	413
<i>Luis Martínez-Calcerrada Gómez</i>	
Responsabilidad civil de los profesionales de la edificación. Garantías legales y aseguramiento	429
<i>Pablo Amat Llombart</i>	

PRESENTACIÓN

El presente libro es el resultado de las XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que se celebraron en la Universidad de A Coruña durante los días 8 y 9 de abril de 2011. El objeto de estudio estuvo conformado, esta vez, por un tema de sempiterna actualidad y de profunda transcendencia económica, cual es de la responsabilidad civil, pues, como puede leerse en la primera de las dos ponencias que se consagraron a su análisis, amén de constituir una parte importantísima del Derecho de obligaciones, es materia que afecta hondamente a la vida cotidiana de nuestros conciudadanos e incluso a la competitividad de nuestras empresas, y así, en especial, de las operantes en el sector de los seguros. Esta perspectiva justificaba, por sí sola, la oportunidad de un reexamen de la cuestión. Pero si su elección como elemento de estudio ya podía considerarse a priori acertada, aún más lo fue a la vista de los resultados obtenidos, ya que los trabajos de los dos ponentes que en esta ocasión participaron –y que ahora se ofrecen a los asociados y a los estudiosos del Derecho en general– atesoran una gran calidad, plenamente acorde con la altura y la valía científica de sus autores.

El primero de dichos trabajos, obra del Dr. D. Miquel Martín Casals –Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Girona–, destila unos sólidos principios sobre los que se erige una meditada propuesta para “*La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual*”, en la que se repasan los aspectos más importantes de la institución y, a la par, más necesitados de remoción. El segundo, por su parte, corre a cargo del Dr. D. Andrés Domínguez Luelmo –Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valladolid– y lleva el expresivo rótulo de “*El ejercicio ante los*

Tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras”. Como su mismo título sugiere, el objetivo primordial de este segundo trabajo se cifra, no tanto en proporcionar criterios para la delimitación de uno u otro tipo de responsabilidad, sino en analizar, ante todo, el tratamiento procesal que merecen ambas acciones a la vista de la LEC de 2000, además de otras cruciales cuestiones tales como la jurisdicción competente para reclamar ciertos daños, los límites a la ejecutabilidad de las sentencias condenatorias, la carga de la prueba o, muy singularmente, el objeto del proceso (acumulación de acciones, congruencia de las sentencias, litispendencia, cosa juzgada).

Junto a dichas ponencias, también se leyeron y debatieron en el seno de las Jornadas diversas comunicaciones, las cuales aparecen igualmente recogidas en la publicación que ahora presentamos; así, la del Dr. D. Pablo Amat Llombart, en la que se examina la responsabilidad civil de los profesionales de la edificación; la de la Dra. D.^a Iris Beluche Rincón, que gira en rededor de la responsabilidad empresarial *ex* artículo 1903 CC; la del Dr. D. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, sobre responsabilidad extracontractual por construcción en suelo total o parcialmente ajeno; la del Dr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez, titulada “*La responsabilidad civil y la llamada imputación objetiva razonable*”; la de la Dra. D.^a Francisca Ramón Fernández, que analiza la responsabilidad por riesgo derivado de las actividades espaciales; la del Dr. D. Jorge Sirvent García, sobre la responsabilidad vicaria del cabeza de familia regulada en el artículo 1910 CC; y, por último, la de la Dra. D.^a Inmaculada Vivas Tesón, en la que se estudia la espinosa cuestión de los daños en el ámbito de las relaciones familiares.

En fin, no podríamos cerrar estas líneas sin dejar expresa constancia de nuestro agradecimiento a los compañeros del Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña por su colaboración en la organización de estas XV Jornadas y, en especial, al Dr. D. Domingo Bello Janeiro, sin cuyo esfuerzo y dedicación no hubiera sido posible su celebración. Agradecimiento que ha de hacerse extensivo a todas aquellas instituciones que desinteresadamente pusieron a disposición de la APDC sus instalaciones para la realización de los correspondientes actos: Rectorado de la Universidad de A Coruña, Fundación Novacaixagalicia y Diputación Provincial.

Junta Directiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil

PONENCIAS

LA “MODERNIZACIÓN” DEL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

MIQUEL MARTÍN-CASALS
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Girona*

SUMARIO. I. La necesidad de “modernizar” la regulación de responsabilidad extracontractual. 1. Terminología. 2. Sistemática interna. 2.1. Parte general y partes especiales: ¿Debe incluirse en el Código algún régimen hasta ahora especial? 2.2 Regulación unitaria v. regulación diversificada: el ejemplo de los daños a las personas y los daños a las cosas. 3. Sistemática externa. 3.1. Articulación con otras partes del derecho de obligaciones. A) Responsabilidad contractual y extracontractual. B) Compensación, prevención y punición. 3.2. Articulación con otras partes del Derecho privado. II. ALGUNAS LÍNEAS GENERALES. 1. La norma fundamental. 2. El daño resarcible. 3. La relación de causalidad. 3.1. La distinción entre causalidad (causalidad de hecho) y alcance de la responsabilidad (causalidad de derecho o imputación objetiva). 3.2. La causalidad de hecho y algunos problemas creados por la incertidumbre. A) Algunos de los supuestos

* Director del “Instituto de Derecho privado europeo y comparado” (Universidad de Girona). Miembro del *European Group on Tort Law* (EGTL), del *American Law Institute* (ALI) -*Consultative Group-Restatement (Third) of Torts*, y del *Group de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l’Assurance* (GRERCA). Presidente de la Comisión de Expertos sobre la modificación del “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación” (Ministerio de Economía y Hacienda / Ministerio de Justicia). Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación del “Plan Nacional de I+D+I” (Ref. FFI2008-00647) titulado “*Los Principles of European Tort Law*: más allá del llamado ‘Marco Común de Referencia’ (CFR). Hacia una nueva etapa en el proceso de aproximación del Derecho de la responsabilidad civil en Europa”, financiado por el MCINN para el periodo 2008-2012 y en el que el autor es su investigador principal.

más comunes. B) En especial, la llamada “pérdida de oportunidad” como problema de incertidumbre causal. C) Otros supuestos. D) Conclusión. 3.3. El alcance de la responsabilidad (imputación objetiva) y criterios. 4. Los criterios de imputación subjetiva (fundamentos de la responsabilidad). 4.1. Responsabilidad por culpa. A) Capacidad de culpa civil. B) Estándar de conducta exigible. C) Inversión de la carga de la prueba de la culpa. 4.2. Responsabilidad por actividades “anormalmente peligrosas”: cláusula general de responsabilidad objetiva versus supuestos específicos. 4.3. La responsabilidad por hecho ajeno. A) La responsabilidad del principal por el hecho de sus auxiliares. B) La responsabilidad por los menores y discapacitados. 5. Las causas de exoneración, en especial la concurrencia de culpa de la víctima. 6. La concurrencia de una pluralidad de causantes del daño: ¿Solidaridad? 7. Indemnización de daños. 7.1. Daños patrimoniales y morales. ¿Daño “per se”? 7.2. Principios básicos. 7.3. Daños patrimoniales, en particular, la valoración del lucro cesante en los supuestos de lesiones corporales y muerte. A) Lucro cesante futuro en los casos de lesiones impositivas permanentes. B) Lucro cesante futuro en los casos de muerte. 7.4. La posibilidad de deducir de las indemnizaciones determinadas prestaciones económicas. 7.5. Daños morales. A) Clarificación de la tipología de daños morales. B) La relevancia residual de la conducta del causante en la cuantificación del daño.

I. LA NECESIDAD DE “MODERNIZAR” LA REGULACIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En las últimas décadas la responsabilidad extracontractual ha adquirido una importancia capital tanto en España como en los países de nuestro entorno. En España una cuarta parte de los casos decididos por la Sala Primera del Tribunal Supremo versan sobre la materia. En el ámbito internacional se ha producido un movimiento de reforma que no se limita a los conocidos trabajos de armonización europea –*Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil* (en adelante, PETL)¹, las reglas de responsabilidad extracontractual del *Marco Común de Referencia* (en adelante, DCFR)²– o de armonización estadounidense –los trabajos del *Restatement Third of Torts*³– sino que se extiende a un gran número de legislaciones nacionales que en estos momentos ya han llevado a cabo una reforma de su regulación o se encuentran en la fase de elaboración de borradores, Anteproyectos, Proyectos o Proposiciones de Ley. Entre las primeras cabe destacar la tímida reforma llevada a cabo por el legislador alemán en 2002⁴ y la más reciente del legislador chino de 2009, que entró en vigor el 1 de

1 European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien / New York, Springer, 2005. Existe traducción española en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil: texto y comentario*. Traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), coordinada por Miquel Martín-Casals, Aranzadi-Thomson: Cizur Menor, 2008. Los comentarios a esta obra se citan aquí con referencia al apellido de su autor, Com. (comentario), artículo o parte correspondiente, eventualmente número marginal (nm.), y página/s de la edición española.

2 Christian von Bar / Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Munich, Sellier, 2009, 6 vols., vol. 4. En este trabajo se citan las referencias a esta obra como Com. (comentario) o Notes (notas), según proceda, con indicación del artículo y página/s correspondientes.

3 The American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts - Products Liability*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1998. The American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts - Apportionment of Liability, §§ 1-End*, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2000 y The American Law Institute, *Restatement (Third) of Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, Vol. 1, §§ 1 to 36*, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2010. Las remisiones que en el texto se hacen al *Restatement*, sin ningún tipo de precisión ulterior deben entenderse referidas al volumen publicado en 2010.

4 Vide por todos, Pierre Bahr, *Reform des Schadensersatzrechtes*, [S.L.], Grin, 2002 y Egon Lorenz (Hrsg.), *Das zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*, Karlsruher Forum 2003, Karlsruhe, VVW, 2004. Entre nosotros, Albert Lamarca Marqués / Sonia Ramos González, *Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del Derecho de daños*, InDret 3/2002, Working Paper núm. 96, Barcelona, julio 2002.

julio de 2010⁵. Entre las últimas, junto al Anteproyecto suizo de 2000 –ya decaído definitivamente en 2009⁶– y los proyectos austríacos en fase de discusión⁷, hay que añadir la Proposición de Ley presentada en el senado francés el mes de julio de 2010⁸. En España, en cambio, la *Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*⁹ no se ocupa, por el momento, de la responsabilidad extracontractual, si bien en su regulación de la parte general de obligaciones se puede encontrar alguna norma fugitiva (cf. Art. 1122).

La regulación de la responsabilidad extracontractual constituye una parte importante del Derecho de obligaciones. Por un lado, porque afecta la vida cotidiana de nuestros conciudadanos y, en principio, de todos aquellos que sufran accidentes en nuestro país. Por otro porque puede repercutir en la competitividad de nuestras empresas y, en especial, del sector asegurador. Con todo, la pervivencia de regulaciones dispares no debe ser motivo de gran preocupación. La diversidad de reglas existentes actualmente en el ámbito europeo no supone, con carácter general, un obstáculo al mercado único. La única excepción, tal vez, ha sido la responsabilidad en materia de daños causados por productos defectuosos que, como es bien sabido, dio lugar en 1985 a una Directiva con el propósito, no de unificar la legislación de los Estados miembros, sino simplemente de armonizarla. El éxito dispar

5 El texto en inglés puede consultarse en el apéndice al artículo de Helmut Koziol / Yan Zhu, *Background and Key Contents of the New Chinese Tort Liability Law*, (2010) 1 JETL 328, p. 328-361, p. 362-375. En relación con la elaboración de trabajos preparatorios de esta Ley véase también Gert Brüggemeier / Zhu Yan, *Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz: Text und Begründung. Ein Beitrag zur internationalen Diskussion um die Reform des Haftungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

6 El texto del Anteproyecto, así como todas sus vicisitudes hasta su abandono el 21 de enero de 2009 se pueden consultar en http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/haftpflicht.html (Fecha de consulta: 3.3.2011).

7 Para una breve introducción con los textos correspondientes en versión inglesa vide el apartado relativo a Austria de Helmut Koziol / Barbara Steininger, *European Tort Law 2005 y European Tort Law 2007*, Wien/New York, Springer, 2006 y 2008, respectivamente. Para a un comentario detallado al primer borrador vide Irmgard Griss / Helmut Koziol / Georg Kathrein (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensatzrechts*, Wien, Springer, 2007.

8 N° 657, Sénat, Session extraordinaire de 2009-2010, enregistré à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010, Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, présentée par M. Laurent Bêteille, Sénateur (<http://www.senat.fr/leg/pp109-657.html>) (Fecha de consulta: 3.3.2011). La Proposición de Ley había estado precedida por un amplio informe titulado *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain ANZIANI et Laurent BÊTEILLE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009, (<http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-558.html>) (Fecha de consulta: 3.3.2011).

9 Comisión General de Codificación, *Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2009.

de esa Directiva, objeto de muy escasa aplicación en diversos países europeos, permitiría incluso cuestionar su necesidad.

Además, en el momento actual, dejando de lado los grupos privados que investigan la armonización del Derecho privado europeo, las iniciativas de armonización en materia de obligaciones por parte de la Unión Europea se encuentran todavía en un estado muy embrionario y se centran en el ámbito contractual. Por estas razones, no parece probable –y después de Roma II¹⁰, todavía menos– que exista un Derecho de la responsabilidad extracontractual armonizado o uniforme en esta década. Como sucede en los países de nuestro entorno, como Austria o Francia, el momento actual también parece un momento oportuno para legislar sobre la materia en España.

A diferencia de otras ramas del Derecho civil, el estudio de la responsabilidad extracontractual ha sido prácticamente inexistente en España hasta épocas relativamente recientes. La primera monografía española importante en la materia, la de BORRELL Y MACIÀ, es de 1942¹¹ y el estudio profundizado no se inició hasta los años 60 del siglo pasado¹² y no empezó a consolidarse hasta los 80.¹³

El hecho de inspirarse en las doctrinas de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno para reconstruir el ordenamiento jurídico propio se ha dado de una manera mucho más marcada en el caso de la responsabilidad extracontractual, fundamentalmente por el carácter fragmentario de la regulación (pensemos por ejemplo en las pocas reglas contenidas en el Código civil español) y por la falta de tradición doctrinal en España. Esta inspiración foránea ha sido a menudo desordenada y excesiva. Desordenada en el sentido de que se ha construido con piezas importadas de ordenamientos jurídicos diferentes, en función de los conocimientos lingüísticos del investigador y de los fondos de las bibliotecas a las que se conseguía tener acceso. Excesiva en la medida en que incluso se han hecho intentos de im-

10 Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), DOUE L 199/40, 31.7.2007, p. 40-49.

11 Antonio Borrell y Macià, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil: estudio del artículo 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, Barcelona: Bosch, 1942. Existe una segunda edición de 1958.

12 Con obras como las de Jaime Santos Briz, *Derecho de daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1962.

13 Con trabajos, entre otros, de Ricardo de Ángel (en especial, sus magistrales *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1978) y de Pantaleón.

portar doctrinas que no se adecuaban al sistema de responsabilidad extracontractual establecido en el ordenamiento jurídico español. En la práctica, la construcción de la materia ha corrido a cargo de la jurisprudencia, a menudo confusa y por regla general poco exitosa hasta principios de la pasada década, que se ha encargado de desarrollar reglas y criterios no recogidos expresamente o simplemente esbozados por la legislación

Los trabajos de armonización europea, como los PETL o DCFR, ofrecen unas excelentes contribuciones doctrinales, con soluciones similares entre sí en muchos puntos y divergentes en otros, pero que en cada caso forman un conjunto coherente y sistemático. Todo legislador actual, como mínimo europeo, sin hacer seguidismo, debería tener en cuenta estos trabajos en la elaboración de la regulación propia, adoptar las innovaciones que sean necesarias para ponerla al día y mejorarla, y preservar aquellas soluciones tradicionales que más se adapten al talante de su país. En este sentido la reciente Proposición del senado francés es ejemplar, en la medida que hace un intento de mantener enfoques típicamente franceses, como la regla de la no acumulación de acciones (*non cumul*), de la llamada “responsabilidad por el hecho de las cosas” (*responsabilité du fait des choses*) o del tratamiento diferenciado de los daños a las personas y a las cosas, con innovaciones, como la indemnización de los gastos preventivos (cf. art. 1385) o la vinculación de los jueces en la indemnización de todo tipo de daños corporales a una nomenclatura y a un baremo actualizados periódicamente que se establecerán por vía reglamentaria (cf. art. 1386-28).

En nuestro país faltan, o al menos no son conocidos, trabajos de ámbito nacional, como los materiales que han acompañado y precedido la Proposición francesa, y hasta ahora se ha prestado una atención más bien escasa a los esfuerzos armonizadores en el ámbito internacional y a cómo todas esas experiencias, nacionales o internacionales, podrían repercutir en un análisis más profundo, o más innovador, de las necesidades de puesta al día de nuestro Derecho de la responsabilidad civil. Este trabajo no pretende suplir esas carencias ni proponer una regulación española detallada que ofrezca una alternativa a la regulación actual. Es más bien el resultado de años de reflexión sobre el escurridizo campo de la responsabilidad extracontractual y demuestra la necesidad de proseguir en esa tarea. Por ello pretende tan solo destacar algunos principios para una propuesta de modernización de la regulación de la responsabilidad extracontractual, que en ocasiones este trabajo sólo esboza, con la esperanza de que puedan con-

tribuir a intensificar un debate que tenga en cuenta cuáles son los modernos desarrollos que se están dando en esta materia en los países más avanzados y, de un modo especial, el trabajo armonizador europeo y norteamericano.

1. Terminología.

A pesar de la necesidad de puesta al día, una nueva regulación de la responsabilidad extracontractual debería tener especial cuidado en no apartarse innecesariamente de las líneas generales del sistema español actual y en clarificar al máximo cuestiones terminológicas y de sistemática, tanto interna como externa.

En el campo terminológico, los problemas comienzan ya con la denominación de la propia materia. En las últimas décadas se ha puesto de moda referirse a esta parte del ordenamiento como “Derecho de daños”, terminología excesivamente amplia, dado que el daño es simplemente un resultado que puede tener un origen muy variado, como el incumplimiento contractual o la comisión de un delito, y que en algunos códigos, como el alemán (cf. §§ 249 y ss. BGB) tiene una regulación general muy detallada. También a menudo nos referimos a esta materia como “responsabilidad civil”, expresión de un alcance más reducido pero todavía demasiado amplia, dado que esta responsabilidad puede derivar de la infracción de un vínculo obligatorio previo entre las partes (responsabilidad contractual)¹⁴ o de la conducta o actividad de una persona que causa daños a otros con los que no tiene ningún vínculo obligacional previo (responsabilidad extracontractual). Por estas razones, esta última expresión, la de “responsabilidad extracontractual”, también la más tradicional, parece preferible de entrada.¹⁵

No obstante, los problemas terminológicos no se agotan ahí. Algunos han sido introducidos recientemente por el afán modernizador del Tribunal Supremo español, como emplear la expresión “riesgo general de la vida” —expresión internacionalmente reservada para uno de los criterios de determinación de la causalidad de derecho (o de “imputación objetiva”)— para referirse tanto a este particular criterio de imputación objetiva como a lo

14 A la que se asimilaría la responsabilidad legal, es decir, aquella en la que el vínculo obligacional previo viene establecido por la Ley.

15 De un modo parecido, el DCFR habla de “non-contractual liability”.

que más propiamente es la regla *casum sentit dominus*, en el sentido de que quien sufre un daño es quien debe asumir sus consecuencias, salvo que concurra un conjunto de circunstancias (los “presupuestos de la responsabilidad extracontractual”) que determinen el “traslado” de tales consecuencias a la persona que lo ha causado o a la que deba responder por ella. O la hipertrofia del concepto de “imputación objetiva”, cuando después de dar el paso de adoptar en el Derecho español la dualidad anglo-germánica de causalidad de hecho y causalidad de derecho (o imputación objetiva)—introducida por PANTALEÓN hace ya más de dos décadas¹⁶—, el Supremo también utiliza la expresión para referirse a toda una serie de situaciones que excluyen o disminuyen la responsabilidad del causante del daño, como la asunción del riesgo por parte de la víctima o la concurrencia de culpa de la misma¹⁷, instituciones que son ajenas a los criterios de imputación objetiva generalmente reconocidos en el ámbito civil y que internacionalmente se corresponden con las llamadas “causas de exoneración” (*defences*), ya sea ésta total o parcial.

En otros casos habrá que consolidar conceptos ya existentes pero poco extendidos, como la denominación de “responsabilidad vicaria” para referirse a aquella responsabilidad por hecho ajeno que no requiere que haya incurrido en culpa al principal que responde por su auxiliar o dependiente, o la distinción internacionalmente reconocida entre “víctimas primarias” y “víctimas secundarias”, para referirse, en este segundo caso a las que sufren un daño como consecuencia del daño corporal o a las cosas (sea, en ambos casos, tanto en sus vertientes patrimoniales como no-patrimoniales) infligido a las víctimas primarias, para superar el abrupto y poco esclarecedor galicismo de los llamados “daños por rebote”. También habrá que decidir si el doblete de “daños y perjuicios” es simplemente un pleonasma o introduce alguna precisión digna de ser atendida¹⁸ y, en general si debe desterrarse una terminología que, con el afán de añadir precisión, lo que

16 Fernando Pantaleón Prieto, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, en Asociación de Profesores de Derecho Civil (Ed.), *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, Tomo II, p. 1561-1591.

17 En este sentido Juan Antonio Xiol Ríos, *La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, *Práctica de Derecho de daños*, Año VIII, Nº 84, julio-agosto 2010, p. 6-30.

18 Vide por todos Pedro J. Femenía López, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 69-74, quien señala que frente al criterio de la sinonimia, defendido por muy autorizadas voces, parece prevalecer el criterio que identifica “daño” con el daño emergente y “perjuicio” con el lucro cesante, criterio que, por otra parte, no tiene parangón en los textos armonizados de referencia.

hace es aumentar la confusión (como “responsabilidad subjetiva-objetiva”, “responsabilidad cuasi-objetiva”, etc.).

Una buena orientación en esta depuración terminológica, con las adaptaciones más adecuadas al Derecho español de la responsabilidad extracontractual la proporcionarán los trabajos de armonización, como los Principios europeos (PETL), el Marco Común de referencia (DCFR) y, incluso, los *Restatements* estadounidenses.¹⁹ Ciertamente, no se trata de sustituir nuestra terminología por una terminología inglesa estandarizada, pero sí de tener en cuenta esa estandarización (y su traslación a otras lenguas latinas) para mejorar y estandarizar la nuestra.²⁰

2. Sistemática interna

2.1. *Parte general y partes especiales: ¿Debe incluirse en el Código algún régimen hasta ahora especial?*

En la mayoría de los países continentales existe una parte general de la responsabilidad extracontractual, contenida en los respectivos códigos civiles, y una parte especial o serie de regímenes específicos de responsabilidad extracontractual contenidos, por regla general, en leyes especiales fuera del respectivo Código civil. ¿Hay que mantener esa estructura?

Cabe destacar que esos regímenes especiales responden a situaciones muy particulares y son muy diferentes entre sí. Algunos son el resultado de textos internacionales o comunitarios, como los Convenios de Bruselas de 29 de noviembre de 1969, sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de hidrocarburos²¹ y de 17 de diciembre de 1971,

19 En este sentido es interesante observar como el *Restatement (Third) of the Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, en el encabezamiento de su Capítulo 6, sustituye la denominación tradicional de la causalidad de Derecho que era *proximate cause* (causa próxima) por la de *scope of liability* (alcance de la responsabilidad), si bien mantiene entre paréntesis la denominación antigua.

20 Así, sería absurdo, en mi opinión, pretender sustituir expresiones como la de «responsabilidad objetiva» por la de responsabilidad estricta (*strict liability*), o de daño patrimonial o no patrimonial (o moral) por las de *pecuniary loss* y *non-pecuniary loss*, respectivamente. No obstante, puede ser útil observar que en esos textos no encontramos distintas adjetivaciones a la responsabilidad objetiva en función de que en el caso le asistan o no causas de exoneración, o que se separen netamente las causas de exoneración de lo que son presupuestos de responsabilidad, por lo que las primeras (por ejemplo, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero) no pueden basarse en la ausencia de unos de dichos presupuestos (por ejemplo, nexo causal).

21 BOE núm. 58, de 8.3.1976, con sus sucesivos protocolos modificativos.

sobre responsabilidad civil en el esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares²², o el Reglamento (CE) núm. 2027/1997, del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de la compañías aéreas en caso de accidente²³ o la conocida Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.²⁴ Otros se refieren al uso de determinadas energías, como la Ley 25/1964, de 29 de abril, reguladora de la energía nuclear²⁵, o a los accidentes sufridos en determinados medios de transporte, como el Real Decreto Legislativo 8 / 2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor²⁶, o a daños sufridos por consumidores, como el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias²⁷. Se puede observar también como mientras que algunos de estos regímenes se refieren a situaciones muy específicas otros, como el caso de la responsabilidad por daños causados por productos y servicios defectuosos o por la circulación de vehículos a motor, afectan a amplias capas de la población.

Por lo tanto debería analizarse si alguno de esos regímenes debería incluirse en una modernización del Código civil (vide más adelante 4.2).

2.2. Regulación unitaria v. regulación diversificada: el ejemplo de los daños a las personas y los daños a las cosas

En muchos ordenamientos jurídicos la protección a las personas y a las cosas no conlleva la aplicación sistemática de reglas diferenciadas. Ciertamente, y con carácter excepcional, pueden encontrarse reglas puntuales como la que deriva de la máxima de “the tortfeasor must take the victim as

22 BOE núm. 199, de 20.08.1975.

23 Diario Oficial núm. L 285 de 17.10.1997, p. 1-3, modificado por el Reglamento (CE) núm. 889/2002 que incorpora, con alguna reforma, el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999, al ámbito de la Unión Europea.

24 Diario Oficial núm. L 210 de 07.08.1985 p. 29-33.

25 BOE núm. 107, de 04.05.1964.

26 BOE núm. 267, de 05.11.2004, modificado por la Ley 21/2007, de 11 de julio.

27 BOE núm. 287, de 30.11.2007, p. 49181-49215.

he finds him” (que expresa la idea de que el causante del daño debe aceptar la víctima como es) , y según la cual el causante del daño debe responder también del daño que deriva de la especial predisposición de la víctima (alérgica, hemofílica, delicada del corazón, etc.) y que no se habría producido si la víctima hubiera sido “normal”. La regla no se da en el caso de daños a las cosas, donde precisamente las deficiencias o vicios latentes de las cosas se tienen en cuenta para disminuir el importe de la indemnización. Otra regla que diferencia entre daños a las personas y daños a las cosas la encontramos en la Directiva de productos, donde el productor responde siempre de los daños causados a las personas, mientras que con respecto a los daños causados a las cosas sólo responde, de acuerdo con la Directiva, cuando estén destinadas al uso o consumo del perjudicado y éste haya sido el destino que les haya dado principalmente.

Algunos ordenamientos jurídicos europeos, como el francés, establecen en muchos puntos dos conjuntos de reglas muy diferenciadas en función de si el daño producido es un daño a las personas o a las cosas, lo cual conlleva una protección de los daños personales superior a la que se da a los daños a las cosas. Así, por ejemplo:

- El art. 1386-1 de la Proposición de Ley de reforma de la responsabilidad civil de 9 de julio de 2010 prevé que en el caso de daños a las personas sólo se apreciará concurrencia de culpa de la víctima cuando éste haya incurrido en culpa grave.²⁸ Evidentemente, esta regla general no se puede mantener en caso de responsabilidad por productos porque sería contraria a la Directiva.²⁹
- El art. 1386-26, apartado segundo, donde en relación con el deber de la víctima de mitigar el daño que ha sufrido, prevé que sólo se puede exigir en caso de daños no personales y dispone que, al evaluar la indemnización a percibir por la víctima, el juez debe tener en cuenta si ésta podría haber reducido el alcance del daño no corporal o evitar su agravamiento.³⁰

28 “Art. 1386-1. – L’exonération partielle ne peut résulter que d’une faute de la victime ayant concouru à la production du dommage. En cas d’atteinte à l’intégrité physique, seule une faute grave peut entraîner l’exonération partielle.”

29 “Art. 1386-50. – La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d’une personne dont la victime est responsable”.

30 “Art. 1386-26. – Le juge évalue le dommage au jour où il rend sa décision, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu l’affecter....”

- El art. 1386-58 prevé que en caso de accidentes de circulación, la víctima recibirá la indemnización íntegra de los daños corporales sufridos, sin que se le pueda oponer su culpa exclusiva, salvo actuación dolosa, es decir, que haya perseguido intencionalmente sufrir el daño producido³¹. Por su parte, el art. 1386-59 añade que la concurrencia de culpa de la víctima da lugar a la exclusión o reducción de la indemnización, si bien sólo en relación con los daños a las cosas.³²
- Finalmente, la diferencia de regulación entre daños personales y daños a las cosas se encuentra también en la innovación que la Proposición formula sobre la tradicional incompatibilidad de acciones contractuales y extracontractuales (regla del *non cumul*) que, excepcionalmente, se propone romper en caso de daños personales, tanto con respecto al co-contratante, al que se le abre la posibilidad de reclamar por la vía extracontractual (art. 1386-17)³³, como en relación con el tercero ajeno al contrato, al que si la inexecución de una obligación contractual le causa un daño, podrá optar por la acción contractual, si bien “con los límites y condiciones que se imponen al acreedor para obtener la reparación de su propio daño” (art. 1386-18).³⁴

Una cuestión a debatir será si es necesario adoptar una regulación diferenciada y, si es así, en qué puntos. Los PETL, ni en su gradación de intereses protegidos (cf. art. 2:102 PETL) ni en su regulación establecen una jerarquía diferente entre los daños a las personas y a las cosas, ni mucho

“Il prend également en compte la possibilité qu’avait la victime, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l’étendue de son dommage non corporel ou d’en éviter l’aggravation.”

31 “Art. 1386-58. – Les victimes sont indemnisées des préjudices résultant des atteintes à leur personne, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l’exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l’accident.»

«Toutefois, les victimes ne sont pas indemnisées par l’auteur de l’accident des préjudices résultant des atteintes à leur personne lorsqu’elles ont volontairement recherché le dommage qu’elles ont subi.»

32 «Art. 1386-59. – La faute commise par la victime a pour effet de limiter ou d’exclure l’indemnisation des préjudices résultant d’une atteinte à ses biens.»

33 «Art. 1386-17. – Le co-contratant victime d’une inexécution contractuelle ne peut se soustraire à l’application des dispositions de la présente section.»

«Toutefois, lorsque cette inexécution provoque un dommage corporel, le créancier ou le débiteur peut également obtenir réparation de ce dommage dans les conditions prévues dans la section II du présent chapitre.»

34 «Art. 1386-18. – Lorsque l’inexécution d’une obligation contractuelle est la cause directe d’un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des dispositions de la présente section. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s’imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.»

«Il peut également obtenir réparation sur le fondement des règles de la responsabilité délictuelle, en rapportant la preuve de l’un des faits générateurs mentionnés à la section II du présent chapitre.»

menos una regulación diferenciada. Tampoco encontramos una regulación general diferenciada en el DFCR, pero sí alguna regla particular (p. ej. Art. VI.-5: 102 (2) (c) DCFR).

3. Sistemática externa

3.1. Articulación con otras partes del derecho de obligaciones

La regulación de la responsabilidad extracontractual plantea, en primer lugar, problemas de demarcación de ámbitos y de distribución de materias con otras partes del Derecho de obligaciones.

A) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La primera demarcación que viene en mente es la relativa a los respectivos ámbitos de la responsabilidad contractual y extracontractual, división fundamental a efectos prácticos, sobre todo en cuanto a los diversos plazos de prescripción. El criterio más extendido en el ámbito europeo es el de la concurrencia de acciones³⁵, de tal manera que la víctima demandante pueda escoger el fundamento que le parezca más favorable. La reticencia tradicional de la doctrina francesa a esta solución se ha basado en el temor a que el demandante, al poder escoger el fundamento extracontractual, pueda evadir así las limitaciones que haya aceptado en vía contractual y que entran en las previsiones de su co-contratante (como, por ejemplo, una cláusula limitativa de la responsabilidad)³⁶. No obstante, para evitar este resultado no es imprescindible adoptar la regla de incompatibilidad de acciones sino que es suficiente limitar la concurrencia de las mismas cuando se pueda dar una situación de este tipo. En este sentido señala el DCFR que no se puede recurrir a la responsabilidad extracontractual “cuando la aplicación de sus reglas contradiga la finalidad de otras reglas de Derecho privado” y que la responsabilidad extracontractual “no afecta a los remedios existentes con base en otros fundamentos jurídicos” (cf. Art.- VI-103 (c) y (d) DCFR).

B) COMPENSACIÓN, PREVENCIÓN Y PUNICIÓN

La demarcación de ámbitos también puede plantear el problema de

35 Cf. *Notes* art. VI.- 1:103, p. 3122 y ss.

36 Vide en este sentido el informe del Senado francés, cit., p. 37 y ss.

dónde regular determinadas reglas para solucionar problemas que no son puramente teóricos sino que tienen una importante trascendencia práctica.

La concepción tradicional ve en la existencia del daño el alfa y la omega de la responsabilidad extracontractual, es decir, tanto su razón de ser como sus límites. Si no hay daño no hay responsabilidad extracontractual. Si hay daño, la medida del daño es el límite indemnizatorio, de tal forma que no se pueden imponer ni indemnizaciones supracompensatorias ni indemnizaciones que tomen como parámetro cualquier otro criterio que no sea el del daño sufrido por la víctima.

a) Los “gastos preventivos”

En este contexto, una de las primeras cuestiones que se plantea es si son resarcibles en el ámbito de la responsabilidad extracontractual los gastos preventivos, es decir, los que se han hecho para evitar un daño. No nos referimos aquí a los gastos preventivos que se hayan hecho para mitigar un daño ya producido. En este caso queda claro que quien sufre el daño tiene por regla general el deber de adoptar las medidas razonables para evitar que se agrave y que podrá reclamar al causante del daño el importe de estas medidas. El problema que se plantea es si, de acuerdo con las reglas de la responsabilidad extracontractual, se puede reclamar la indemnización de los gastos preventivos –también razonables– que se han hecho para evitar un daño cuando dicho daño no se ha llegado a materializar.

La reacción más inmediata es pensar que, al ser esencial la existencia de daño para la entrada en funcionamiento de la responsabilidad extracontractual, la recuperación de estos gastos debería articularse por medio de un conjunto de reglas distinto como, por ejemplo, las de gestión de negocios ajenos. No obstante, debe tenerse presente que, a diferencia de los casos de gestión de negocios ajenos, en este caso la persona que actúa no lo hace con el propósito de beneficiar al potencial causante del daño sino con la finalidad de “beneficiarse” a sí misma mediante la evitación de un daño.

Una posible incardinación de la figura en el marco de la responsabilidad extracontractual sería considerar esta pérdida patrimonial como un daño evento, no como un daño consecuencia de otro que no se ha producido; es decir, como un nuevo supuesto de interés lícito, o legítimamente protegido, que, como tal, debe ser indemnizado. Analizando el tema desde la perspectiva de los daños patrimoniales puros (*pure economic loss*), podría decirse que esos gastos constituyen un daño patrimonial puro (ya que no

derivan o no son consecuencia de un daño a las personas o a las cosas) cuya indemnización se justifica precisamente para evitar un daño a las cosas o a las personas (*physical damage*) probable y más grave. Entonces, tal vez podría afirmarse también que la razonabilidad de los gastos preventivos derivaría, fundamentalmente, de que su importe haya sido menor que la probabilidad de producción del daño evitado multiplicada por su magnitud en el caso de que hubiera llegado a producirse.

Sea como fuere, tanto los PETL como el DCFR incluyen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual una regla referida a los gastos preventivos, a los que califican como daño, y que deberá indemnizar la persona que habría sido responsable en caso de producirse el daño evitado, siempre que se hayan hecho para evitar un daño inminente y que hayan sido razonables³⁷. La reforma francesa también sigue este criterio en el art. 1385.³⁸

En el Derecho español un claro ejemplo de indemnización de gastos preventivos se encuentra en la *Ley sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos*³⁹, cuyo art. 3 h) 6º amplía la definición de daño nuclear para incluir “[E]l coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas”. Dichas medidas se definen como “todas las medidas razonables adoptadas por cualquier persona, después de que haya ocurrido ... un suceso que cree una amenaza grave e inminente de daño nuclear, para prevenir o reducir al mínimo los daños nucleares mencionados en los apartados h) 1º a 5º, sujetas a la aprobación de las autoridades competentes....” (cf. art. 3 j). Para atender a si han sido razonables o no tiene en cuenta “...todas las circunstancias, por ejemplo: 1.º ...la naturaleza y magnitud del riesgo de tal daño. 2.º La probabilidad, en el momento en que sean adoptadas, de que estas medidas sean

37 Art. 2:104 PETL “*Gastos preventivos*: Los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables”. Art. VI-1:102 DCFR “*Prevention*—Where legally relevant damage is impending, this Book confers on a person who would suffer the damage the right to prevent it. This right is against a person who would be accountable for the causation of the damage if it occurred”. Y de nuevo el art. VI-6:302 “*Liability for loss in preventing damage*—A person who has reasonably incurred expenditure or sustained other loss in order to prevent that person from suffering an impending damage, or in order to limit the extent or severity of damage suffered, has a right to compensation from the person who would have been accountable for the causation of the damage”.

38 “Art. 1385. – Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d’un dommage, éviter son aggravation ou en réduire les conséquences, constituant un préjudice réparable.”

39 Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, BOE núm. 127, de 28-5-2011.

eficaces. 3.º Los conocimientos científicos y técnicos pertinentes”.

En una eventual reforma del Código civil tal vez podría establecerse, con carácter general, la indemnizabilidad de los gastos preventivos cuando se den características como las señaladas.

b) La absorción de las ganancias

La comisión de un ilícito civil a veces no se limita a causar un daño a la víctima sino que además produce una ganancia a su causante. Es lo que se ha denominado “ilícitos [civiles] lucrativos” (*lukrativen Delikten, fautes lucratives*), que se dan, sobre todo –pero no exclusivamente– en determinados ámbitos, como en las intromisiones en los derechos de la personalidad, en la infracción de derechos sobre bienes inmateriales, como los de propiedad intelectual e industrial (patentes, marcas, etc.), en los supuestos de competencia desleal o en relación con daños al medio ambiente.

En estos casos, si la indemnización que debe pagar el causante del daño se midiera exclusivamente en función de la valoración del daño sufrido por la víctima podrían darse situaciones en las que la ganancia obtenida superara el importe del daño efectivamente producido con lo que, tras pagar la indemnización, el causante del daño todavía retendría un beneficio. Para evitar que la producción de los daños sea rentable (*tort does not pay*), es necesario establecer reglas que “absorban” la ganancia obtenida con la comisión de un ilícito civil.

Es bien sabido que uno de los temas más debatidos en el ámbito europeo en los últimos años es si la absorción de este daño supone añadir nuevas funciones a la indemnización de daños, como por ejemplo la punitiva, y por tanto requiere la introducción de una figura similar a los *punitive damages* del Derecho anglo-americano, o si todavía puede encajarse en la función compensatoria-preventiva del Derecho de la responsabilidad extracontractual (tanto si se entiende la prevención como una función secundaria o como una función también principal).⁴⁰ Hay que plantearse también si, en caso de no poder ubicar la absorción de las ganancias en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, puede encontrar su acomodo en el ámbito del enriquecimiento injustificado o en el de la gestión (impropia) de

⁴⁰ Entre nosotros, sobre este tema todavía sigue siendo fundamental el ensayo ya clásico de Pablo Salvador Coderch / María Teresa Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

negocios ajenos (la denominada *Geschäftsanmaßung*, del Derecho alemán, cf. § 687 (2) 1 BGB, o del Derecho suizo, cf. art. 423 OR). En todo caso, lo que queda claro es que no debe poder ser más barato infringir un derecho ajeno que obtener lícitamente la autorización de su propietario para usarlo y, con carácter general, que el ordenamiento jurídico no puede tolerar que uno se beneficie de la lesión de intereses jurídicamente protegidos de otros.

(aa) El rechazo a los daños punitivos

La proposición francesa adopta la solución más ajena a la tradición continental europea que es la de introducir una especie de daños punitivos caracterizados porque requieren (a) que los establezca la ley en cada caso concreto (b) que haya una actuación intencional del causante del daño, (c) que esta actuación le haya producido un enriquecimiento y (d) que este enriquecimiento sea de un importe que la simple compensación no pueda eliminar. Además (e) introduce el límite del duplo, es decir, que el importe de los daños punitivos no pueda superar nunca el doble del importe de los daños compensatorios⁴¹ y, finalmente, (f) faculta al juez para distribuir los importes punitivos, entre la víctima y un fondo de compensación que tenga por objeto indemnizar daños similares o, si éste no existe, atribuirlos al Fisco en la proporción que el juez determine.⁴²

No es este el lugar para reproducir aquí los argumentos a favor y en contra de los daños punitivos⁴³, pero sí deben mencionarse varias cuestiones:

a) En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en los países donde existen, los daños punitivos tienen por finalidad castigar conductas que se

41 «Art. 1386-25, ap. 1. – Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires. »

42 «Art. 1386-25, ap. 2. «Les dommages et intérêts punitifs sont, dans la proportion que le juge détermine, versés respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime. À défaut d'un tel fonds, la proportion des dommages et intérêts non attribués à la victime est versée au Trésor public. »

43 Recientemente vide por todos, Helmut Koziol, *Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation. Comparative Report and Conclusions*, en Helmut Koziol / Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Vienna/New York, Springer, 2009, p. 274-308. Sobre el estado de la cuestión en el Derecho español, vide por todos Pedro Del Olmo, *Punitive damages in Spain*, ibidem., p.137-154.

consideran altamente reprobables, no absorber ganancias⁴⁴, y se dan tanto si los daños que se han producido son patrimoniales como morales.

b) En segundo lugar hay que observar que la proposición francesa, a pesar de intentar contrarrestar algunos de los argumentos en contra de los daños punitivos, no los contrarresta todos. Para superar la crítica de que los daños punitivos suponen la imposición de una pena en contra del principio *nulla poena sine lege*, el legislador francés establece el requisito de que se establezcan por ley en cada caso. Para evitar la posibilidad de que las penas que se impongan sean excesivamente elevadas establece el límite del duplo, muy alejado de la *single-digit rule* estadounidense, que en alguna ocasión se ha señalado como límite máximo de la relación entre daños compensatorios y punitivos, en el sentido de que no alcancen la proporción de 1 a 10⁴⁵. Finalmente, para evitar que el daño punitivo se convierta en un enriquecimiento inesperado del dañado (el *windfall* estadounidense), además de la regla anterior, establece que una parte de la indemnización no irá a parar al bolsillo del dañado, con lo que, al menos en parte, se convierte en una especie de multa de tipo administrativo⁴⁶.

No obstante, con esas correcciones no se salvan todas las posibles objeciones. La introducción de los daños punitivos podría conllevar la imposición de una pena sin los requisitos y garantías propias que requiere un proceso penal o los que también requieren las sanciones administrativas⁴⁷. Como se ha señalado, la imposición de sanciones penales por parte de tribunales civiles conllevaría eludir los requisitos que la protección constitucional y los derechos humanos imponen al procedimiento penal, por lo

44 Vide, en este sentido, Koziol, *Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation*, cit., p. 284-287, donde claramente demuestra que en la mayoría de países en que suele afirmarse la existencia de daños punitivos encubiertos de lo que se trata es, en realidad, de absorber ganancias o cumplir funciones compensatorias.

45 Vide, por todos, el detallado informe de Anthony J Sebok, *Punitive Damages in the United States*, en Helmut Koziol / Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, cit., p. 154-196, p. 191. La regla fue establecida en *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell* 123 S. Ct. 1513 (2003), aunque a menudo se ha establecido una relación que supera el límite de un solo dígito, ibidem., ibidem, p. 187. Vide también Martin H. Redish / Andrew L. Mathews, *Why Punitive Damages are Unconstitutional*, 53 *Emory L. J.* 1 (2004) 1, p. 11-12.

46 Como sucede en algunos Estados norteamericanos (como por ejemplo Georgia, Indiana y Iowa), donde se acepta el llamado “split-recovery” y se exige que un 75% de las indemnizaciones punitivas vayan a parar a las arcas del Estado. Cf. Sebok, *Punitive Damages in the United States*, cit., p. 176 y allí más referencias.

47 Respecto a estas últimas vide Arts. 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, BOE núm. 285 de 27.11.1992, p. 40300- 40319.

que la imposición de daños punitivos podría ser contraria al principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE, art. 6 Convención Europea de Derechos Humanos y art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)⁴⁸. Además, como los daños punitivos tienen por objeto castigar al infractor, no absorber ganancias, deberían medirse como una pena de multa, es decir, en función del grado de reprochabilidad de la conducta del agente y de la cuantía su patrimonio o, como dice el art. 50 CP, “...teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”⁴⁹.

Por todas estas razones la utilización de los daños punitivos para absorber ganancias no sólo parece un mecanismo desproporcionado sino también inadecuado. Aún más si se observa que la Proposición francesa comete un error que no cometía la norma paralela contenida en el *Projet Catala*⁵⁰: al limitar el importe de la indemnización “punitiva” al doble del importe de la compensatoria echa al niño con el agua de la bañera ya que, institucionalmente, la norma ya no servirá para su pretendida finalidad de absorber las ganancias cuando el importe de éstas supere el duplo del daño causado.

(bb) Introducción en el marco de la responsabilidad extracontractual de reglas de carácter puramente preventivo.

Sin embargo, el hecho de que se rechace la introducción de elementos

48 Vide Helmut Koziol, *Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation...*, cit. p. 302 y Gerhard Wagner, *Schadensersatz —Zwecke, Inhalte, Grenzen*, Karlsruher Forum 2006, Karlsruhe, VVW, 2006, p. 110 y ss. Idem, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht — Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag. Stuttgarts 2006, München, Beck, 2006, p. 68 y ss., Idem, *Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht*, FS Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien, Jan Sramek, 2010, p. 929.

49 Código Penal español: “Art. 50. *Pena de multa*. (1). La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria... (5) Los Jueces o Tribunales... fijarán en la sentencia el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.”

50 En la cuidada traducción del Profesor Antonio Cabanillas, publicada en ADC 2007 (VLEX-39960002), dicho precepto dispone: “*Artículo 1371*. El autor de una culpa manifestamente deliberada, y principalmente de una culpa lucrativa, puede ser condenado, además de a la indemnización de los daños y perjuicios compensatorios, a la indemnización de los daños punitivos, de los cuales el juez tiene la facultad de hacer beneficiar en una parte al Tesoro público. La decisión del juez de otorgar tal indemnización de daños y perjuicios debe ser especialmente motivada y su montante se distingue del de los otros daños y perjuicios acordados a la víctima. Los daños punitivos no son asegurables”.

punitivos en la responsabilidad extracontractual no significa necesariamente que se le niegue, junto a la función de compensación, la de prevención.

Las regulaciones de Derecho privado no son ajenas a criterios de política jurídica con los que el legislador quiere incentivar determinadas conductas y desincentivar otras. Es bien sabido que, p. ej. en materia contractual, cualquier regulación que se haga deberá procurar incentivar el cumplimiento, desincentivar el incumplimiento y velar por la autonomía de la voluntad de las partes y por la conservación del contrato. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual cualquier regulación debe procurar no sólo que la víctima obtenga una indemnización íntegra del daño sufrido, sino también que el otorgamiento de acciones indemnizatorias no coarte innecesariamente la libertad de acción de los potenciales causantes de daños ni sea contraria al interés público. Como señala el art. 2:101 (6) PETL, en materia de intereses protegidos, “[P]ara establecer el alcance de la protección también deberán tenerse en cuenta los intereses del agente, en especial, en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos”. Si bien los PETL no lo prevén expresamente, uno de esos intereses públicos es sin duda que se reduzca la producción de daños al mínimo posible atendiendo, al mismo tiempo, a un equilibrio que respete la libertad de los individuos y el sistema de valores propios de un estado democrático.

Como es bien sabido, el Derecho de la responsabilidad extracontractual está presidido por dos criterios fundamentales, el de reparación integral y el de prohibición de enriquecimiento, de tal manera que el dañado debe obtener ni más ni menos que la indemnización de todos los daños sufridos. Normalmente, el conjunto de reglas que establecen la compensación es suficiente para satisfacer también la función de prevención de daños. No obstante, en determinados supuestos la simple compensación de los daños producidos deja al descubierto déficits preventivos, como ocurre en el caso de la necesidad de absorción de las ganancias obtenidas con la causación de un daño a otro. Hay que plantearse entonces si el Derecho de la responsabilidad extracontractual puede ofrecer remedios con finalidad preventiva, mediante indemnizaciones que vayan más allá del importe de los daños producidos.

Es bien sabido también que en la doctrina española existe una creencia extendida de que si se obliga al responsable del daño a transferir a la víctima el beneficio obtenido con la causación del daño se están introduciendo

los daños punitivos del Derecho anglo-americano⁵¹ y que la doctrina –y no sólo la española⁵²– tiende a confundir esta finalidad preventiva con la punitiva, sin advertir que en el caso de la función punitiva, a los criterios de prevención general y especial que son comunes con la preventiva, se suman los criterios penales propios de represión y expiación o, como mínimo, de un reproche personal o reprobación ético-social.⁵³ Como a menudo han señalado los tribunales norteamericanos, los daños punitivos “operan como multas privadas, que tienen por finalidad castigar al demandado y prevenir conductas ilícitas futuras” y expresan un reproche moral al demandado.⁵⁴ La indemnización, entonces ya sanción, no se mide únicamente en función de llenar el vacío de prevención producido sino con el fin de reprobar y castigar la conducta del delincuente.

La prevención de la producción de daños, si se admite como función principal de la responsabilidad extracontractual junto a la compensatoria, puede llegar a justificar la inclusión de las reglas de absorción de los daños como hace, por ejemplo, el DFCR. Así, el art. VI.-6:101 DCFR, después de haber señalado en su apartado primero que la reparación del daño significará normalmente restablecer la persona que lo ha sufrido en la posición en que se encontraría si el daño no se hubiera producido, admite en el apartado 4, como una alternativa cuando así sea razonable, que la reparación se pueda llevar a cabo obteniendo de la persona que lo ha causado la ventaja que ésta haya adquirido con su causación.⁵⁵ No obstante, la posición del DCFR

51 Vide, por ejemplo, José Manuel Busto Lago / Fernando Peña López, *Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 1997, núm. 1, 141-166, p. 159-160 y, recientemente, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *La dignidad de las víctimas de delitos, Aranzadi Civil*, “Tribuna”, núm. 6/2010 [BIB 2010, 1814].

52 Vide en este sentido las observaciones de Wagner y sus críticas a Koziol en Wagner, *Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht*, cit., p. 925 y ss. Para la doctrina española vide ahora Del Olmo, *Punitive Damages in Spain*, cit., ibidem., p.137-154, especialmente p. 152-153.

53 En este último sentido, por ejemplo, Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I. Grundlagen – Der Aufbau des Verbrechenslehre*, 4. A., München, Beck, 2006, p. 96.

54 Cf., por todas *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424, 432 (2001): “...compensatory damages are intended to redress the concrete loss that the plaintiff has suffered by reason of the defendant's wrongful conduct, while punitive damages operate as private fines intended to punish the defendant and to deter future wrongdoing; a jury's assessment of the extent of a plaintiff's injury is essentially a factual determination, whereas the jury's imposition of punitive damages is an expression of its moral condemnation”. Para las diversas matizaciones de la función de los daños punitivos en el Derecho norteamericano, vide Sebok, *Punitive Damages in the United States*, cit., p. 169 y ss. Aunque sólo se apliquen en casos tasados, también tienen carácter punitivo los *exemplary damages* del Derecho inglés. cf. por todos Harvey McGregor, *On Damages*, 18th ed., London, Sweet & Maxwell, 2009, nm. 11-001, p. 420.

55 Art. VI.-6:101 DCFR: *Aim and forms of reparation*. (1) Reparation is to reinstate the person suf-

en este punto no es demasiado clara.

Por un lado la justificación de la opción sistemática en razones de economía procesal, en el sentido de que así se evitará que en una acción de daños los tribunales tengan que analizar también si concurren los requisitos de una acción de enriquecimiento, es débil y, como *excusatio non petita*, apunta a que tal vez los redactores consideraban que el mismo problema podía resolverse mediante una acción de enriquecimiento.⁵⁶ Por otro lado, la matización final de que la acción para recobrar el beneficio obtenido por quien ha causado el daño “parte de la ficción que la persona que sufre el daño también pudo explotar los derechos de que se trate de la misma manera, y más o menos, con el mismo éxito económico que la persona causante del daño” y la afirmación en el sentido de que “sólo cuando esta ficción resulte totalmente inadecuada en el circunstancias del caso podrá el tribunal rechazar el ejercicio del derecho de elección por abusivo”, acercan el tema, de una manera casi definitiva, a la figura enriquecimiento injustificado.⁵⁷

En cambio, WAGNER, sin realizar concesiones por partir claramente de posiciones propias del análisis económico, propone para una eventual reforma del Derecho alemán introducir en el Derecho general de daños (§§ 249 y ss. BGB) un supuesto general de absorción de ganancias limitado a (1) la intromisión dolosa en posición jurídica ajena, (2) con independencia de si esta posición es de naturaleza material o inmaterial (por tanto, no limitada a derechos de la personalidad o derechos sobre bienes inmateriales) y (3) con independencia de si el lesionado *hubiera consentido* la intromisión (p. ej. hubiera estado dispuesto a conceder la licencia) o de si *hubiera podido consentir* la intromisión, es decir, con independencia de que el derecho infringido tenga contenido atributivo o no (*Zuweisungsgehalt*). *Tout court*, sin los límites propios de las acciones de enriquecimiento. Según WAGNER, el dañado debería disponer de la acción de absorción de las ganancias como alternativa a las acciones existentes para obtener la indemnización del daño, de tal manera que pueda ejercer en cada caso la acción que

fering the legally relevant damage in the position that the person would have been in had the legally relevant damage not occurred.... (4) As an alternative to the reinstatement under paragraph (1), but only where this is reasonable, reparation may take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage”.

⁵⁶ Vide Com art. VI.-6:101 DCFR, p. 3276.

⁵⁷ Com art. VI.-6: 101 DCFR, ibidem. Vide la crítica a esta opción sistemática del DCFR en Erik Monsen, *DCFR and Restitution for Wrongs*, ERPL 18, 4/2010, p. 813 y ss.

tenga un alcance más amplio. Finalmente, esta acción general de absorción de ganancias debería estar formulada de tal manera que produjera el efecto preventivo deseado.⁵⁸

En el fondo, esta propuesta va en la línea de importar al Derecho europeo –al alemán, en el caso del autor citado– los llamados *disgorgement damages* para que el causante del daño, además de indemnizarlo, se desprenda de todo lo obtenido.⁵⁹ Si bien es cierto, como señala LORD MILLET, que en hoy día se reconoce cada vez más que las finalidades de la justicia van más allá de compensar el daño sufrido por el demandante y se pueden extender a privar al demandado de los beneficios obtenidos⁶⁰, también es cierto que esa extensión es más propia del Common Law. Como es sabido, allí los daños no son sólo compensatorios, sino que también pueden ser simbólicos (*nominal damages*), punitivos (*punitive/ exemplary damages*), restitutorios (*restitutionary damages*) y, como se señala ahora, de absorción de ganancias (*disgorgement damages*)⁶¹.

Por el cambio que supondría en la concepción tradicional, la propuesta de introducir en el Derecho español indemnizaciones con finalidades que vayan más allá de las puramente compensatorias merecería ser meditada muy seriamente antes de ponerse en práctica. En todo caso, puestos a importar, lo que no puede hacerse es lo que hacen nuestros vecinos franceses, es decir, importar la figura de los daños punitivos cuando lo que en realidad se persigue es absorber ganancias.

(cc) La combinación con acciones de enriquecimiento o de gestión de negocios ajenos

La doctrina clásica no admite que una acción de responsabilidad extracontractual pueda estar fundamentada exclusivamente en criterios preventivos. Ciertamente, al elaborar la regulación que afecta a la producción de daños y su indemnización, el legislador debe procurar no sólo que se compensen los daños sufridos sino también ofrecer incentivos para evi-

58 Wagner, *Schadensersatz—Zwecke, Inhalte, Grenzen*, cit., p. 121.

59 Respecto a las personas, *to disgorge* significa, literalmente, vomitar, arrojar.

60 *Dubai Aluminium Co v. Salaam* [2003] 1 All ER 97, 135, 164.

61 Vide, por todos, James Edelman, *The Meaning of “Damages”: Common Law and Equity*, en Andrew Robertson (ed.), *The Law of Obligations. Connections and Boundaries*, London, UCL Press, 2004, p. 31-58. McGregor, *On Damages*, cit., nm. 12-002, p. 454, en cambio, considera los daños que tienen por objeto entregar la ganancia obtenida con el acto ilícito como una subespecie de *restitutionary damages*.

tar que se produzcan. Lo que parece que no resulta imprescindible es que esas finalidades de política legislativa deba alcanzarlas forzando el uso de un único instrumento —el de las acciones de responsabilidad extracontractual— al que deba añadirse necesariamente el elemento sobrevenido de la sobrecompensación y que no pueda alcanzarlas combinando la indemnización compensatoria con otros instrumentos como ya hace el legislador, por ejemplo, combinando las acciones de daños con las casi-negatorias de abstención o de cesación.

Sin salir del marco del Derecho de la responsabilidad extracontractual, la doctrina española ha pretendido en ocasiones que la función de absorber las ganancias vinculadas a la causación de un hecho ilícito la ejerza la indemnización de los daños morales.⁶² Incluso se ha sostenido que “tal vez pueda aproximarse el beneficio injustificado del transgresor a una suerte de daño moral de la víctima, que ve como otra persona se enriquece a costa de su intimidad o de su imagen, con el consiguiente disgusto y pesadumbre”⁶³. Aunque no puede negarse que en ocasiones se utilizan las indemnizaciones de daños morales para complementar daños patrimoniales, no parece aconsejable convertir la indemnización del daño moral en chica para todo. El principio de la vertebración, es decir, de la estricta separación entre indemnización de daños patrimoniales y daños no patrimoniales, como garantía del principio de reparación integral, también debe ser respetado en estos casos. Además, aunque la redacción anteriormente vigente de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen* el art. 9.3 se refería al beneficio obtenido por el causante del daño como un criterio más para valorar el daño moral, la doctrina más extendida lo había interpretado en clave de enriquecimiento injustificado.⁶⁴

La reciente reforma del art. 9 de dicha LO 1/1982, llevada a cabo por

62 En este sentido Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *La dignidad de las víctimas de delitos*, cit., [BIB 2010, 1814].

63 En este sentido, entre otros, Eugenio Llamas Pombo, *Daño y restitución del enriquecimiento del responsable*, *Práctica Derecho de daños* 2010, núm. 87, 3-4, p. 4.

64 Vide, entre muchos otros, Miquel Martín Casals, *Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982*, en AAVV, *Centenario del Código Civil*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1.272-1.273; José Antonio Álvarez-Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa*, 3ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 185-190; Salvador Castiñeira, *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, cit., p. 63.

la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal⁶⁵, al enumerar las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima incluye, entre otras, las necesarias para “d) [L]a apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.” El apartado XXXI de su Preámbulo menciona las limitaciones de la tutela penal para hacer frente al cada vez más frecuente acceso a los medios de comunicación de delincuentes que “llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable” y considera que “la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima”.

Esta clara opción del legislador por la vía del enriquecimiento, para superar así un claro déficit preventivo del Derecho de la responsabilidad extracontractual, volverá sin duda a relanzar la polémica sobre si la absorción de ganancias debe canalizarse en nuestro Derecho por esta vía o si deben hallarse vías alternativas.

Ciertamente, una acción por enriquecimiento, combinada con la de responsabilidad, puede absorber en muchos casos el plus de ganancia o beneficio que va más allá del daño. Como es bien sabido, la doctrina española, inspirándose en la doctrina alemana y apoyándose en las normas relativas a la liquidación del estado posesorio (cf. arts. 451 y 455 CC) ha construido la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno (*Eingriffskondiktion*).⁶⁶

No obstante, intentar solucionar el problema por esa vía puede topar con serias dificultades⁶⁷:

65 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (BOE núm. 152, de 23.6.2010, p. 54.811-54.883).

66 Vide, por todos, Ángel Carrasco Perera, *Restitución de provechos*, ADC, 1988, p. 5-152, p. 62-69; Luis Díez-Picazo, “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en Manuel de la Cámara/ Luis Díez-Picazo, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, p. 15-34; Xabier Basozabal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1988, p. 21-51. Recientemente, M^a Paz García Rubio, *Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual*, en Enrique Barros Bourie / M^a Paz García Rubio / Antonio Manuel Morales Moreno, *Derecho de daños*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 79-133.

67 Vide, en este sentido Busto Lago / Peña López, *Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil*

a) Si se entiende que la acción de enriquecimiento requiere que se haya producido un correlativo empobrecimiento de la otra parte, puede resultar que ese empobrecimiento no se dé cuando quien sufre el daño no estaba dispuesto a comercializar el interés lesionado o, debido a sus capacidades o destrezas, no hubiera podido obtener él mismo el beneficio.

b) Tampoco puede darse ese empobrecimiento cuando la posición jurídica afectada no tenía contenido atributivo (*Zuweisungsgehalt*), es decir, cuando la persona que sufre el daño no hubiera podido legítimamente utilizar ella misma la posición jurídica afectada para obtener un beneficio.⁶⁸ Con ello, en el ámbito de la LO 1/1982, la acción de enriquecimiento dejaría determinados supuestos fuera de su alcance, como, por ejemplo, las intromisiones en el Derecho al honor, ya que nadie puede enriquecerse legítimamente difamándose a sí mismo o haciendo que otros le difamen.⁶⁹

c) Puede dar lugar a un nivel de prevención insuficiente si permite al autor de la intromisión que sólo deba restituir el valor de uso del derecho usurpado o, incluso, cuando se entienda que debe restituir el enriquecimiento obtenido, si se permite que pueda deducir o descontar los gastos que haya tenido que soportar ya, que si es así, los infractores pueden contar con que la peor consecuencia a la que tendrán que hacer frente es no ganar nada.⁷⁰

Una vía alternativa al enriquecimiento la podría ofrecer de *lege ferenda* la llamada gestión (impropia) de negocios ajenos. El Derecho romano, si bien limitó originariamente la gestión de negocios ajenos a los supuestos de actuación altruista en interés de otro, incluyó posteriormente supuestos en los que el gestor llevaba a cabo como propio un negocio que, o bien sabía que era ajeno, o bien ignoraba que lo fuera. La evolución que se pro-

extracontractual, cit., p. 157 y ss. Vide con más detalle Carles Vendrell Cervantes, *L'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri: naturalesa, contingut i substantivitat jurídica pròpia en el Dret privat espanyol i en el Marc Comú de Referència (PEL Unj. Enr.)* y Miquel Martín-Casals / Albert Ruda González, *El mal samarità. L'absorció de beneficis per la gestió impropia de negocis aliens*, ambas comunicaciones en *Materials de les XVI Jornades de Dret català a Tossa*, 2010, en prensa.

⁶⁸ Sobre el debate en Alemania vide por todos Wagner, *Schadensersatz —Zwecke, Inhalte, Grenzen* cit., p. 113-114.

⁶⁹ Vide no obstante, con una cierta repugnancia ante el posible traslado al difamado de los beneficios obtenidos con la difamación, Fernando Pantaleón, *La Constitución, el honor y unos abrigos*, La Ley, 1996, II, D-162, p. 1.690-1.691 y, con matices, Salvador/Castiñeira, *Prevenir y castigar*, cit., p. 168.

⁷⁰ Cf. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, cit., p. 94 y ss y 246 y ss, quien, excepcionalmente, admitiría que en caso de intromisión dolosa fuese posible reclamar en el ámbito del enriquecimiento injustificado la ganancia obtenida.

dujo a partir de la Edad Media fue limitando estos supuestos a casos excepcionales, y algunos códigos como en el francés (art. 1372 Cód. Civ.), el austriaco (§ 1042 ABGB), y también el español (art. 1888 CC), sin excluir expresamente esos supuestos, se limitaron a regular aquellos en que el gestor actúa de forma altruista e intencional en beneficio de otros. En cambio, otros códigos como, por ejemplo, el alemán (§ 687 (2) BGB) y el suizo (art. 423 OR), recogieron esos otros supuestos de gestión de negocios ajenos.⁷¹

Así, en el Derecho alemán, mientras que se excluyen de las reglas de la gestión de negocios ajenos aquellos casos en que el gestor ignoraba la ajenidad del negocio (§ 687 (1) BGB), la gestión con conocimiento de la ajenidad se somete a las reglas de la gestión de negocios ajenos en contra la voluntad del dueño del negocio (§ 687 (2) BGB). En este segundo caso el “gestor” actúa con dolo o de mala fe usurpando los negocios del dueño, quien podrá reclamar, como lo haría en la gestión de negocios propia, la restitución de lo que haya obtenido el gestor (cf. § 681 (2) en conexión con el § 667 BGB).⁷²

El Derecho suizo (art. 423 OR), por su parte, establece con carácter general que, si la gestión de negocios no se realiza en interés del dueño del negocio, éste estará igualmente legitimado para apropiarse de los beneficios que de él resulten y, además, que no tendrá que indemnizar o reembolsar al gestor más que en la medida de lo que él mismo se haya enriquecido.⁷³

Aunque en los ordenamientos que reconocen la gestión de negocios ajenos impropia sus requisitos son muy discutidos, reconducir *de lege ferenda* la absorción de las ganancias obtenidas con el acto ilícito a esta figura permitiría, en un principio, exigir la rendición de cuentas al gestor y superar muchas de las limitaciones achacadas a la vía del enriquecimiento. El precio a pagar sería desandar el camino histórico seguido en el Código civil y admitir que, junto a la gestión de negocios ajenos propia, caracterizada por el

71 En este sentido, por todos, Jan Dirk Harke, *Geschäftsführung und Bereicherung*, Berlin, Duncker und Humbolt, 2007, del mismo autor, *Allgemeines Schuldrecht*, Heidelberg, Springer, 2010, p. 339, y Pietro Sirena, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, Giappichelli, 1999.

72 Vide Harke, *Geschäftsführung und Bereicherung*, cit., p. 45 y ss.

73 Claire Huguenin / R.M. Jenny, *Art. 423 OR*, en Marc Amstutz et al. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zürich/Basel/Genf, Schulthess, 2007, p. 2135 y Rolf H. Weber, *Art. 423 OR*, en Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I*, 3. Auf., Basel, Genf, München, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 2347 Rn 6

ánimo de gestionar un negocio ajeno en interés del dueño del mismo, pueda existir una gestión impropia o, para decirlo más claro, usurpatoria, caracterizada por la voluntad de gestionar negocios ajenos en interés propio.

3.2. Articulación con otras partes del Derecho privado

La articulación de la responsabilidad extracontractual con otras partes del ordenamiento jurídico-privado está presidida también por la idea de que sus reglas tienen un cierto carácter subsidiario, tanto en el sentido de que no pueden aplicarse si ello supone contradecir la finalidad o los objetivos de otras normas de Derecho privado, como en el sentido de que no afectan a los remedios que puedan existir con base en otros fundamentos (art. VI.-1: 103 (c) y (d) DCFR). Como señalan los comentarios del DCFR, estos criterios relativos al ámbito de aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual no se refieren únicamente a los conflictos que puedan surgir en relación con el ámbito contractual o, en general, en el marco del Derecho de las obligaciones, sino que abarcan otros ámbitos del Derecho privado.⁷⁴

Es bien sabido que en nuestro país, probablemente por influencia de la doctrina italiana y argentina, uno de los temas doctrinales estrella en los últimos años ha sido la articulación de las normas de responsabilidad civil con las de Derecho de familia, sobre todo para dotar con acciones indemnizatorias algunos de aquellos sectores del Derecho de familia, como el de las obligaciones entre cónyuges, que las reformas más recientes habían dejado sin medidas coercitivas o sin remedios específicos⁷⁵.

De acuerdo con la corriente dominante entre los autores que se ocupan de la relación entre estos dos sectores no sólo serían procedentes las acciones de responsabilidad civil en los casos en que el ilícito civil intrafamiliar fuera al mismo tiempo un ilícito penal (entonces, propiamente, responsabilidad civil derivada de delito), o cuando la actuación de un cónyuge o familiar hacia el otro suponen una lesión de uno de sus derechos de la per-

74 Com. art. VI.-1: 103 DCFR, p. 3117 y ss.

75 Como muestra de la atención prestada al tema, les cuatro monografías publicadas el año 2009 que analizan el tema: María Aránzazu Novales Alquézar, *Las obligaciones personales del matrimonio en Derecho comparado*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009; Alma María Rodríguez Guitián, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2009; Aurelia María Romero Coloma, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2009 y David Vargas Aravena, *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, La Ley, 2009.

sonalidad –supuestos en los que no hay nada que objetar– sino también en casos como los siguientes:

(1) En las *relaciones entre cónyuges*, en casos de (a) daños causados por relaciones sexuales consentidas por ambos cónyuges, pero que uno de ellos considera repulsivas⁷⁶; (b) daños causados por la infracción del deber de fidelidad o de socorro mutuo, y en general, de cualquier deber conyugal, incluido, en especial, el reparto de las tareas domésticas⁷⁷; (c) daños causados por la impotencia, transexualidad, homosexualidad o falta de actividad sexual por parte del otro cónyuge⁷⁸; (d) daños causados por la rotura unilateral del matrimonio, “consistente en verse en la obligación a aceptar una ruptura que no se desea, frustrando sus expectativas futuras de familia”⁷⁹, (e) daños sufridos por la falta de comunicación, frialdad emocional o indiferencia por parte del otro cónyuge⁸⁰, etc.

(2) En las *relaciones paterno-filiales*, estos autores propondrían otorgar acciones indemnizatorias en casos como los siguientes: (a) daños causados al hijo al haberle transmitido los padres enfermedades hereditarias, como el SIDA⁸¹, (b) daños por no haber adoptado la madre unas correctas medidas de higiene y salud durante el embarazo (p. ej. no dejar de fumar, tomar determinadas sustancias, practicar deportes arriesgados, etc.)⁸², (c) daños sufridos por menores en accidentes domésticos debidos a una falta de vigilancia por parte de sus padres⁸³, (d) daños sufridos por la dificultad de los hijos de integrarse en la sociedad e interactuar con ella debido a haber recibido una educación negligente o incompetente por parte de los padres⁸⁴, etc.

76 Rodríguez Guitián, cit., n. 75, p. 91.

77 Rodríguez Guitián, cit., n. 75, p. 90. También Vargas Aravena, cit. ibidem, p. 39 y 101 y ss y Nogales Alquézar, cit. ibidem, p. 211. En favor de la indemnización por infracción del deber de compartir las tareas domésticas vide también María Paz García Rubio, *La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio. Algunas cuestiones controvertidas*, en María Paz García Rubio (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2009, p. 341-377.

78 Vide SAP Illes Balears 5.6.2006 (con relación a la homosexualidad) y Vargas Aravena, cit., n. 75, p. 232-233.

79 María Teresa Marín García de Leonardo, *Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales*, Revista de Derecho Patrimonial 16/2006, p. 152.

80 Vargas Aravena, cit. 75, p. 235-236.

81 Rodríguez Guitián, cit., n. 75, p. 308.

82 Rodríguez Guitián, cit., n. 75, p. 296-298.

83 Rodríguez Guitián, cit., n. 75, p. 236 y ss.

84 Rodríguez Guitián, cit., n. 75, p. 254-255.

No es este el lugar donde desarrollar esta amplia problemática, pero sí para manifestar la convicción de que una expansión en el ámbito del Derecho de familia de este tipo de acciones indemnizatorias por unos supuestos daños, fundamentalmente morales, no está justificada.

Como ya hemos señalado el Dr. RIBOT IGUALADA y yo mismo en otro lugar⁸⁵, la doctrina que aquí se cuestiona pretende hacer de los lazos familiares el fundamento de la responsabilidad en casos en que esa responsabilidad no existiría entre personas sin vínculos familiares, de manera que se emplea la responsabilidad civil como complemento de las reglas de Derecho de familia allí donde el autor o autora correspondiente considera que existe un déficit de protección del miembro de la familia afectado. NOVALES ALQUÉZAR, por ejemplo, se refiere a la “bula del Derecho de familia”, que según ella –al no adscribir consecuencias económicas a la infracción de los deberes personales de los cónyuges durante la convivencia– permitiría “dañar impunemente”.⁸⁶ En la misma línea, algunos autores que apoyan la extensión de las reglas de responsabilidad civil a los conflictos en el seno de la familia invocan como verdadero fundamento de esa responsabilidad el “contractual”, incluyendo bajo ese término a las obligaciones predisuestas por la ley a los cónyuges o a los progenitores en el marco de la relación conyugal o parental.⁸⁷

Sin embargo, los intereses involucrados en las relaciones familiares se organizan y protegen mediante el Derecho de familia vigente en cada momento histórico, y sus reglas proporcionan criterios acerca de cómo deben ejercerse los roles de cónyuge y de progenitor. Por eso pensamos que es coherente con este modo de organización enjuiciar las consecuencias de la infracción de los estándares establecidos por el Derecho de familia de acuerdo con las reglas del propio Derecho de familia y no partir de la base que éstas son incompletas. De modo que cuando el Derecho de familia no proporciona una regulación específica no existe una laguna que deba integrarse indiscriminadamente mediante las reglas de responsabilidad civil.

85 Vide para un análisis y crítica con mayor detalle de esas doctrinas que se combaten, Miquel Martín-Casals / Jordi Ribot, *Damages in Family Matters in Spain: Exploring Uncharted New Land or Backsliding?*, en Bill Atkin (Gral. ed.), *The International Survey of Family Law 2010 Edition*, Bristol, Jordan, 2010, p. 337-365 y de los mismos autores, *Daños en Derecho de Familia: Un paso adelante, dos atrás*, ADC 2011 (p. 503-561).

86 Novales Alquézar, *Las obligaciones personales del matrimonio en Derecho comparado*, cit., p. 206.

87 Vide Vargas Aravena, *Daños civiles en el matrimonio*, cit., p. 235 y allí más referencias.

La doctrina que aquí se critica, en cambio, lleva a compensar como daños morales (e incluso patrimoniales) las decepciones o el malestar sufrido por maridos, esposas o hijos a manos de esposas, maridos o padres, a quienes se imputaría un ilícito civil en casos en que, en realidad, aquellos no habrían hecho otra cosa que ejercer el derecho a la autonomía que el Derecho de familia vigente les reconoce y garantiza.

Por ello, creemos que es más razonable pensar que el silencio de la ley respecto a la responsabilidad civil en este tipo de conflictos obedece a una decisión de política jurídica coherente con los principios que informan el Derecho de familia actual y que recurrir a las reglas generales de daños resulta contradictorio con esta decisión.

En este sentido, tal opción es conforme con la idea fijada en el artículo VI.-1:103 (c) DCFR, que especifica que las reglas de responsabilidad extracontractual “do not apply in so far as their application *would contradict the purpose of other private law rules* [énfasis añadido]”. Esta regla está pensada específicamente para las relaciones entre el Derecho de contratos y el de la responsabilidad civil, pero según el comentario “juega un papel similar en relación con las normas sobre gestión de negocios ajenos, las reglas sobre propiedad y derechos reales *e incluso con respecto al Derecho de familia*”.⁸⁸

La idea de fondo es que el remedio que proporciona el Derecho de daños es subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado, en el doble sentido de que a) se aplica sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector y b) sólo puede aplicarse en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan los principios de esa rama del Derecho, ni los objetivos que ésta persigue. En relación con el Derecho de familia, el ejemplo con el que el DCFR ilustra esta relación de subsidiariedad del Derecho de la responsabilidad civil es el de una hipotética reclamación de daños morales derivados de la infidelidad conyugal.⁸⁹ En resumen esa “moda” de aplicación generalizada del Derecho de daños al Derecho de familia, por otra parte sin parangón en la mayoría de países de nuestro entorno, comporta vaciar de contenido la regulación actual de Derecho de familia y, por la vía de la responsabilidad, restablecer consecuencias que el legislador familiar ya había rechazado. En otros

88 Énfasis añadido. Véase Com. Art. VI.-1:103 (c) DCFR, p. 3117.

89 Ejemplo 5, en Com. Art. VI.-1:103 (c) DCFR, p 3118.

casos reabre debates, como los que se daban en relación con la separación o divorcio causales, que ese mismo legislador ya había cerrado. También, sea desde posiciones ultraconservadoras o pseudoprogresistas, a menudo pretende imponer unos criterios de moralidad que el legislador familiar no ha adoptado y, finalmente, con la posibilidad de recurrir a acciones indemnizatorias, coarta espacios de libertad personal que, gracias a una difícil y lenta evolución social, finalmente ha podido plasmar el legislador familiar en nuestras leyes vigentes.⁹⁰

I. ALGUNAS LÍNEAS GENERALES

1. La norma fundamental

Tanto los PETL como el DCFR parten de un primer artículo, el que ambos llaman “norma fundamental”, pero que se enfoca desde perspectivas inversas. El DCFR parte de la perspectiva del dañado y hace pivotar la regulación sobre el concepto de “daño jurídicamente relevante” (cf. art. VI.-1:101 DCFR). Los PETL, en cambio, enfocan el tema desde la perspectiva del causante del daño para decirnos quien está obligado a indemnizar el daño y con base en qué razones (cf. art. 1:101 PETL).

La visión del DCFR corresponde más a una construcción alemana, en la que los intereses protegidos ocupan un lugar central, y facilita la adopción de un sistema de lista de intereses protegidos que, si bien es abierta, el DCFR desarrolla con todo detalle a partir de la Sección Segunda de este Libro (cf. Arts. VI.-2: 201 a VI.-2: 211). El sistema de los PETL se acerca más a la tradición francesa de la cláusula general. Además de recoger implícitamente un criterio tan importante como la regla del *casum sentit dominus*, aflora con más claridad los presupuestos de la responsabilidad (daño y relación causalidad) y los criterios de imputación subjetiva (que llama “fundamento de la responsabilidad”)⁹¹.

90 Vide Martín-Casals/ Ribot, *Daños en Derecho de familia*, cit., p. 560-561.

91 Art. 1:101. Norma fundamental

(1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo.

(2) En particular, el daño puede imputarse a la persona

a) cuya conducta culposa lo haya causado; o

Con todo, la fórmula de los PETL no hace mención a la actuación dolosa, limita los supuestos de responsabilidad objetiva a las llamadas “actividades anormalmente” peligrosas (como hacen los PETL en su articulado) y no prevé la distinción que introduce más tarde en la responsabilidad por hecho ajeno entre aquel (p. ej. padre o tutor) que responde porque tenía un deber de actuar en beneficio de quien ha causado el daño, velando por él con la diligencia debida (art. 6:101 PETL, referido a menores y discapacitados) y el que responde (empresario o, mejor, “principal”) porque el daño ha sido causado por un auxiliar suyo, en el ejercicio de sus funciones y, por tanto, por alguien que actuaba en beneficio del principal como una especie de *lunga manus* o de prolongación de su personalidad (art. 6:102 PETL). Los regímenes del primer caso y del segundo, como veremos con más detalle más adelante (cf. *supra* 4.3) son también diferentes, estableciéndose un régimen de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba en el primer caso, y un responsabilidad vicaria en el segundo, es decir, un régimen que no requiere que el principal haya incurrido en culpa para que tenga que responder.

Por todas estas razones, en caso de darse por buenos estos criterios, no parecería desatinado adoptar una norma básica o fundamental en la que se recogieran tanto los presupuestos básicos de la responsabilidad como sus posibles fundamentos, y podría redactarse de un modo parecido al siguiente:

Art. 1902. Responsabilidad extracontractual

1.- La persona que causa un daño a otra está obligada a indemnizarlo si concurren todos los requisitos para que le sea jurídicamente imputable.

2.- El daño puede imputarse jurídicamente:

- a) A quien lo ha causado dolosa o culposamente.
- b) A quien lo ha causado en el ejercicio de una actividad anormalmente peligrosa o para la que la ley prevé expresamente responsabilidad objetiva.
- c) A quien ha infringido el deber de velar por una persona menor o discapacitada, si ésta lo ha causado, y a quien se ha servido de un auxiliar, si éste lo ha causado en el ejercicio de sus funciones.

Entre las muchas alternativas, existiría también la posibilidad de agru-

b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o
c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones.

par los supuestos de acuerdo con una distinción entre responsabilidad por hecho propio y responsabilidad por hecho ajeno.

2. El daño resarcible

La idea de daño resarcible en el sentido italiano de *danno evento*, y que daría respuesta a la pregunta de cuándo hay daño jurídicamente relevante, se encuentra presente tanto en los PETL como el DCFR. De un modo parecido, se propone ahora introducir de manera explícita el concepto de daño como “lesión de un interés lícito” en el Código Civil francés al establecerse que:

«Art. 1384. – Est réparable le préjudice certain, consistant dans la lésion d’un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial ».

Esta idea se contrapone a la de *danno conseguenza*, que daría respuesta a qué tipo de consecuencias ha producido la lesión al interés jurídico protegido, y partiría de la *summa divisio* de si las consecuencias se han dado en el patrimonio o si son extrapatrimoniales. Esta idea también ha sido recogida por el Tribunal Supremo español (entre otras, cf. la importante STS 27 de julio 2006 [RJ 2006\6548]).

La idea del daño resarcible no es exclusiva de un sistema germánico basado en una enumeración más o menos cerrada de intereses protegidos, sino que existe en todo ordenamiento jurídico aunque no se explicita. En nuestra tradición latina el jurista no sólo no parte de ella sino que, en la mayoría de los casos, ni se la plantea porque le parece una obviedad: ¿Está protegida la vida? (O dicho de otro modo, ¿Responderá civilmente quien cause negligente la muerte a otro?). ¿Está protegida la salud, la integridad física, la propiedad, la libertad, el honor, la intimidad, etc.?

La duda se plantea, no obstante, cuando nos encontramos ante nuevos supuestos:

- ¿Responderá civilmente quien hace un ruido que molesta al vecino? ¿Y quién daña el paisaje del que disfrutábamos todas las mañanas cuando íbamos a pie al trabajo? (cf., por ejemplo, STS 31.5.2007 [RJ 2007\3431]).
- ¿Y el médico que con su actuar negligente provoca que sean ineficaces las medidas anticonceptivas tomadas (DIU, vasectomía, ligadura de trompas, etc.), produciéndose entonces el nacimiento de un hijo no previsto con los correspondientes gastos ligados al parto, o incluso a la manutención del hijo, y el daño moral derivado de la frustración de la planificación familiar que se había llevado

a cabo? (El llamado *wrongful conception* o “anticoncepción fallida”, cf., por ejemplo, SSTS 5.6.1998 [RJ 1998\4275]; 24.9.1999 [RJ 1999\7272]); 3ª, 3.10.2000 [RJ 2000\7799]).

- ¿Y el médico que no informa de las malformaciones de un feto, que le habrían permitido a la madre decidir si quería abortar o no? (*wrongful birth*, cf., por ejemplo, SSTS 6.6.1997 [RJ 1997\4610] y 21.12.2005 [RJ 2005\10149]).
- En este último caso, ¿podrá también el hijo reclamar al médico el gasto que le provoque no poder llevar a cabo una vida autónoma y los daños morales derivados de sus gravísimas malformaciones? (*wrongful life*, cf. STS 18.5.2006 [RJ 2006\4724] que da indemnización sin argumentación alguna, y SSTS 6.7.2007 [RJ 2007\3658] y 23.11.2007 [RJ 2008\24], que la excluyen).
- Por último, ¿Podremos reclamar al auditor de una empresa las pérdidas que hemos sufrido por confiar en sus informes emitidos negligentemente? (cf. SSTS 9.10.2008 [RJ 2008\6042]; 14.10.2008 [RJ 2008\6913]; 5.3.2009 [RJ 2009\1631]).

La dudas podrían continuar respecto a la responsabilidad, por ejemplo, de la empresa que hace unas obras que nos obligan a desviarnos de nuestro camino habitual, o que dificultan el acceso a nuestro local abierto al público, o que nos hacen levantar dos horas más temprano, o que nos hacen gastar el doble de gasolina en nuestros desplazamientos, etc.

Para hacer frente a todas esas incertidumbres, el camino que parece más seguro a primera vista es el alemán: hacemos una lista de intereses protegidos y el que no esté en la lista no se tutela. La experiencia demuestra, sin embargo, que tarde o temprano queda sin protección algún interés digno de haber sido tutelado y entonces los tribunales –que en este sistema no están autorizados a añadir nuevos supuestos a la lista– tienen que hacer equilibrios malabares, como demuestra la tortuosa jurisprudencia que tuvo que dictar el Tribunal Supremo Federal alemán a partir de los años 50 del siglo pasado para poder proteger los llamados “derechos generales de la personalidad” y que el legislador aún no ha osado incorporar en el lista en su reforma de 2002.

Tal vez, y quizás por esta razón, el DCFR hace primero un listado de “casos particulares de daño jurídicamente relevante” (VI.-Sección 2 DCFR), donde aprovecha para decir también cuál es el alcance de la tutela de estos intereses en cada caso, es decir, qué daños –en el sentido de “daño consecuencia”– indemnizan. Aparecen así en la lista “la lesión corporal y

los daños que resultan de ella”, “los daños sufridos por terceros como consecuencia de la lesión o muerte de otra persona”, “las lesiones a la dignidad, libertad e intimidad”, “el daño resultante de la comunicación de información incorrecta sobre otra persona”, el daño por la infracción de la confidencialidad, de la propiedad y de la posesión, por la confianza en información o consejo incorrectos, etc. (Cfr. arts. VI.-2: 201 (1) (a) y VI.-2: 201 a VI.-2: 211 DCFR). Después, establece una cláusula general de cierre, diciendo que daño jurídicamente relevante no es sólo el que aparece enumerado sino también el que resulta de la violación de un derecho conferido por la ley (art. VI.-2: 101 (1) (b) DCFR) o de la violación de un interés digno de tutela jurídica (*violation of an interest worthy of legal protection*, art. VI.-2: 101 (1) (c) DCFR). En resumen: añade nuevos casos a la lista tradicional y la deja abierta, pero no da ninguna orientación sobre cuándo habrá un nuevo interés digno de tutela jurídica que, sin embargo, todavía no estaba protegido.

El sistema de los PETL, muy criticado desde la perspectiva germanista, parte de una cláusula general⁹², pero luego, en vez de hacer una enumeración, recurre a la técnica del sistema móvil (o flexible) (*bewegliches System*) para rellenar esta cláusula general.⁹³ Es decir, intenta dar criterios al operador jurídico –al juez, fundamentalmente, que es quien al fin y al cabo tendrá la última palabra– para determinar si habrá un interés jurídico protegido que requiera la tutela aquiliana, y por tanto, la entrada en juego de las acciones de responsabilidad extracontractual.⁹⁴

92 “Art. 2:101. *Daño resarcible*: El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”.

93 Vide para una introducción al tema, Bernhard A. Koch, *Wilburg's Flexible System in a Nutshell*, en: Helmut Koziol/Barbara C. Steininger (ed.), *European Tort Law 2001 (Tort and Insurance Law Yearbook 2002)*, Wien/New York, Springer, 2002, p. 545-548.

94 Art. 2:102. *Intereses protegidos*

(1) El alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad.

(2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia.

(3) Se otorga una amplia protección a los derechos reales, incluidos los que se refieren a las cosas incorporales.

(4) La protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado. En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial, la proximidad entre el agente y la persona protegida, o el hecho de que el agente es consciente de que causará un daño a la víctima a pesar de que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de ésta.

(5) El alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más

No parece adecuado adoptar una lista cerrada de intereses protegidos, ni tampoco adoptar una lista extensa de supuestos particulares de intereses protegidos con una cláusula general residual como hace el DCFR. No obstante, debería valorarse si para dar contenido a la cláusula general pueden ser operativos en la práctica criterios parecidos a los que emplean los PETL o, si como hacen los franceses, hay que aprovechar la referencia a los intereses protegidos por aclarar algún caso polémico (como, por ejemplo, se hace en relación con la “perte d’une chance”⁹⁵) o para resolver algún problema de difícil encaje (como el relativo a las “gastos futuros”⁹⁶ o el ya mencionado de los “gastos preventivos”⁹⁷).

3. La relación de causalidad

3.1. La distinción entre causalidad (causalidad de hecho) y alcance de la responsabilidad (causalidad de derecho o imputación objetiva)

En esta materia el DCFR y los PETL ofrecen modelos muy diferentes, que merecen ser contrastados con el reciente *Restatement* norteamericano.

El DCFR dedica muy poca atención a la cuestión con el pretexto de que “la amplitud y la complejidad del tema no hablan en favor de una regla precisa sobre causalidad”⁹⁸. De una manera casi tautológica afirma que “[U]na persona causa un daño jurídicamente relevante a otra si el daño debe considerarse consecuencia de la conducta de esa persona o de la fuente de peligro de la que aquella persona es responsable” (art. VI.- 4:101 (1) DCFR)⁹⁹. No distingue entre causalidad de hecho (causalidad, en sen-

amplia que en los demás casos.

(6) Para establecer el alcance de la protección también deberán tenerse en cuenta los intereses del agente, en especial, en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos.

95 Art. 1384, 3r. apartado: “La perte d’une chance constitue un préjudice réparable distinct de l’avantage qu’aurait procuré cette chance si elle s’était réalisée”.

96 «Art. 1384. – Est réparable le préjudice certain... « Il en est de même du préjudice futur, lorsqu’il est la prolongation certaine et directe d’un état de chose actuel».

97 «Art. 1385. – Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d’un dommage, éviter son aggravation ou en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable. »

98 Cf. Com. Art. VI.-4:101, p. 3570.

99 “VI.- 4:101: *General rule.* (1) A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of that person’s conduct or the source of danger for which that person is responsible”.

tido propio) y causalidad de derecho (imputación objetiva o alcance de la responsabilidad) y se limita a completar la regulación con algunas pocas reglas más como las relativas a la predisposición de la víctima en caso de daño corporal o muerte, la colaboración en la causación del daño y la causalidad alternativa (arts. VI.- 4:101 (2) a 4:103 DCFR).

Los PETL y el *Restatement*, en cambio parten de la distinción entre “causalidad” (causalidad de hecho) y “alcance de la responsabilidad” (causalidad jurídica o imputación objetiva). El punto de partida de la causalidad de hecho es la regla de la *conditio sine qua non*, que se establece diciendo que “Una actividad o conducta... es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido”, criterio que también utiliza el *Restatement* norteamericano (cf. § 26) y que es el más extendido internacionalmente.

3.2. La causalidad de hecho y algunos problemas creados por la incertidumbre

Ciertamente, esta idea contrafactual que está en la base de la *conditio sine qua non* no resuelve el problema de establecer si una actividad ha sido la causa de un daño ni en casos sobredeterminación, como cuando existe causalidad concurrente, ni en casos de incertidumbre.

En el caso de causas concurrentes (existe una pluralidad de actividades, cada una de las cuales, por sí sola hubiera, hubiera podido causar el mismo daño al mismo tiempo) la regla de la *conditio* no resuelve el problema porque daría lugar al resultado absurdo de que ninguna actividad puede haber sido la causa porque el daño igualmente se hubiera producido como resultado de la otra u otras actividades. Por este razón los PETL (art. 3:102) y el *Restatement* (§ 27) establecen sólo que “se considerará” que cada actividad ha sido causa del daño.

En caso de incertidumbre los PETL (art. 3:103 - 3:106) proponen como solución general la denominada causalidad proporcional, es decir, una distribución del daño en proporción a la probabilidad de haberlo causado. La regla requiere que concurren los demás fundamentos de la responsabilidad (p. ej. actuación culposa o actividad que daría lugar a responsabilidad objetiva, existencia de daño resarcible, etc.) pero, partiendo de que ha existido un riesgo que, en términos generales, es apto para producir el tipo de daño del que se trate, propugna establecer la responsabilidad en función de la probabilidad de que el riesgo que ha creado el agente haya podido causar

el concreto daño sufrido por la víctima.

La regla de la responsabilidad proporcional intenta encontrar un criterio más equitativo en la distribución de diversos tipos de riesgo entre posibles causantes de daños y víctimas. El riesgo que intenta equilibrar, en primer lugar, es el de la incertidumbre probatoria, que conlleva que el demandante no obtenga nada si no consigue probar la probabilidad de la causación del daño más allá de un cierto umbral de certeza (el 50 % en los países del Common Law, el 75 o 80% en la mayoría de países continentales¹⁰⁰) y que, en cambio obtenga, la indemnización del 100% de los daños probando simplemente la probabilidad de la causación por encima del umbral correspondiente.

La responsabilidad proporcional también intenta distribuir de una manera más equitativa los riesgos de la insolvencia. La responsabilidad por cuota de mercado, por ejemplo, parte de la idea de que cuando hay una pluralidad de fabricantes posibles causantes del daño (D1-D10) y una pluralidad de víctimas (P1-P100), y se sabe que el causante D1 no puede haber causado el daño de todas las víctimas, no parecería justo hacerle responder del daño de todas las víctimas o de una parte sustancial de ellas simplemente por el hecho que los otros fabricantes han dejado de operar en el mercado o son insolventes, ya que se le haría responder por un daño que se sabe a ciencia cierta que no ha causado.

A) ALGUNOS DE LOS SUPUESTOS MÁS COMUNES

La regla de la causalidad proporcional es conocida en el ámbito comparado mediante manifestaciones concretas, como la responsabilidad por cuota de mercado (*marketshare liability*)¹⁰¹ recién indicada, pero admite una tipología muy amplia, sobre la que aquí se van a señalar tan solo los rasgos generales de determinados grupos de casos¹⁰². Así, la incertidumbre puede venir dada porque:

(a) Existe una pluralidad de posibles causantes del daño (D1-D10) a la

100 Como es bien sabido, en los países continentales no se cuantifica el grado de probabilidad en un porcentaje sino que suele señalarse que el juez debe de llegar a un grado de convicción elevado ("rayano en la certeza" u otras expresiones similares). Aquí se aventura un determinado porcentaje a efectos argumentativos.

101 Vide, por todos, entre nosotros, Albert Ruda González, *La responsabilidad por cuota de mercado a juicio*, InDret, Working Paper núm 147, 2003.

102 Para una tipología que en algunos puntos coincide con la que aquí se presenta, pero que en otros difiere sustancialmente véase Ariel Porat / Alex Stein, *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

víctima (P), cuando no todos o sólo uno de ellos lo ha causado, y se ignora quien ha sido (*causalidad alternativa con causante del daño no identificado*, cf. art. 3:101 (1) PETL).

Ejemplo 1: P realiza trabajos que conllevan el contacto con el amianto y trabaja 5 años para D1, 10 años para D2 y 20 años para D3¹⁰³. Después de estos 35 años se descubre que sufre un mesotelioma, una enfermedad que ha sido causada por una o unas pocas fibras de amianto que puede haber inhalado en cualquier momento.¹⁰⁴

(b) Existe una pluralidad de causantes de daños (D1-D10) y una pluralidad de víctimas (P1-P100), pero se ignora qué causante (D) ha causado el daño a qué víctima (P) (son los conocidos casos de responsabilidad por cuota de mercado [*marketshare liability*], de causalidad también alternativa, pero donde *la incertidumbre no permite relacionar los causantes con las víctimas*, cf. art. 3:103 (2) PETL).

Ejemplo 2: Varias compañías (D1-D10) producen productos que se utilizan en la construcción y que contienen amianto. Varios trabajadores (P1-P10) que han sido expuestos a los diversos productos de

103 Se utilizan aquí las letras P y D para referirse, respectivamente, al demandante (*plaintiff*) y al demandado (*defendant*).

104 Aunque sin aplicar la responsabilidad proporcional, trata un tema parecido la STSJ Murcia (Sala de lo Social) de 7.5.2001 [AS 2001\1868]. La demandante era la viuda de un trabajador que había muerto a consecuencia de un mesotelioma pleural maligno causado por la exposición al polvo de amianto. Durante su vida laboral el trabajador fallecido había trabajado 5 meses para una empresa de demolición ("Sociedad Ibérica de Montajes"), 7 meses para una empresa dedicada a montar y desmontar aislamientos de amianto ("Salvador Pedreño Castejón"), 1 mes para otra empresa que realizaba la misma actividad ("Caspesa"), y durante los últimos 20 años había estado trabajando de mecánico para una empresa ("Commain") que se encargaba del mantenimiento de las instalaciones de la empresa petrolera "Repsol-Petróleo" en Cartagena. Durante todos esos años el trabajador estuvo expuesto al amianto, ya que tenía que cambiar o injertar tuberías que contenían ese producto. Tras su muerte su viuda presentó demanda de indemnización por daños contra "Commain", "Repsol-Petróleo", "Sociedad Ibérica de Montajes" y «Caspesa». El Tribunal de Primera Instancia exoneró de toda responsabilidad a estas dos últimas empresas y declaró responsables solidarias a "Commain" y "Repsol-Petróleo", condenándolas a pagar 20 millones de pesetas (aproximadamente € 120.000).

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia, confirma la sentencia y menciona el poco tiempo (8 meses) que el trabajador había estado empleado en las dos empresas dedicadas al montaje de aislamientos de amianto (S. Castejón y Caspesa), a diferencia de los últimos 20 años de su vida laboral, que los había pasado con "Commain", la empresa responsable del mantenimiento de las instalaciones de "Repsol".

La decisión adoptada es discutible, ya que, como se sabe, el riesgo de contraer mesotelioma no se halla en relación directa con el tiempo de exposición al amianto, sino que podría ser el resultado de la inhalación de una o varias fibras de amianto producida en cualquier momento. Sin embargo, creemos que el resultado alcanzado en esta sentencia no es indicativo de lo que habría sucedido si hubiera sido más parecido el tiempo trabajado en las diferentes empresas. En este caso es muy probable que el tribunal no hubiera vacilado en condenar de modo solidario a todos los posibles responsables, independientemente del hecho de que, en sus relaciones internas, hubieran tenido que responder finalmente en proporción al tiempo en que el trabajador desarrolló su actividad en cada uno de ellas o bien a partes iguales.

estas compañías sufren mesotelioma al cabo de un tiempo. (También el caso más conocido de las llamadas “hijas del DES” respondería a este criterio).

(c) Existe un agente, como la contaminación emitida por una fábrica, el principio activo de un medicamento u otro factor procedente de una fuente de riesgo similar, que incrementa el número de casos de personas que sufren una determinada enfermedad originada por factores independientes de la responsabilidad de alguien. Sabemos que hay más víctimas que antes pero no podemos saber cuáles son las víctimas que deben su dolencia a la contaminación de la fábrica (casos de *víctimas no identificadas*).

Ejemplo 3: D, una fábrica altamente contaminante se instala cerca de una gran ciudad en la que se producían 20 casos de cáncer al año, y lanza a la atmósfera emisiones cancerígenas no permitidas por la Ley. A los 5 años de su instalación, se ha constatado que el número de casos de cáncer se ha ido incrementado de año en año y ya es de 100. P1, P2 y P3, habitantes de esa ciudad, acuden al médico, quien les diagnostica un cáncer terminal por lo que deciden presentar una demanda de responsabilidad civil contra la fábrica D por la enfermedad que sufren.

(d) A diferencia de los casos en que se sabía que el daño de una víctima había sido causado por un ilícito civil de un miembro de un grupo de “sospechosos” a los que pertenecía el demandado (casos (a) y (b)) o que el demandado había causado ilícitamente un daño a un grupo al que pertenece el demandante (caso (c)), esta categoría incluiría los casos en los que la incertidumbre se refiere a si un solo agente demandado (D) ha causado un daño a un solo demandante (P). Son los casos de *incremento de riesgo*.

Ejemplo 4: P nace con un grave daño cerebral. Se ignora si el daño ha sido el resultado inevitable de su nacimiento prematuro o ha sido causado por el tratamiento negligente del doctor D. Se establece que la probabilidad de que el daño haya sido causado por tratamiento erróneo es del 30%.

B) EN ESPECIAL, LA LLAMADA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” COMO PROBLEMA DE INCERTIDUMBRE CAUSAL

Otras veces la incertidumbre sobre si un único demandado D ha causado el daño de un solo demandante P no se concibe en términos de incremento de riesgo sino en términos de privación de la oportunidad de que P no sufra un daño.

La noción de pérdida de oportunidad se ha aplicado a diferentes constelaciones de casos, algunos de ellos argumentados en ocasiones en clave contractual, que se refieren a situaciones en las que la acción u omisión negligente del demandado ha impedido que el demandante haya podido obtener finalmente un resultado que esperaba que se produjera y que, por esta razón, era hipotético. Este es el caso, por ejemplo, de la destrucción de un billete de lotería o, en una variedad de tipos de concursos, llevar a cabo una conducta que impida la participación en el mismo, sea para aspirar a un trabajo, optar a un premio de reina de la belleza u obtener el primer puesto en una carrera de caballos. El tema ha sido objeto de un amplio debate en los países de nuestro entorno¹⁰⁵ y, más recientemente en España¹⁰⁶, sobre todo después que nuestra jurisprudencia haya empezado a resolver dos grupos de casos muy concretos: (1) El caso del procurador o abogado que omite negligentemente la correspondiente actuación procesal en favor de su cliente en el momento oportuno o la realiza de modo negligente, provocando con ello que éste no pueda ya hacer valer su derecho, supuesto que generalmente se conoce como “pérdida de oportunidad procesal” (las primeras sentencias del Tribunal Supremo español son las SSTs 16.12.1996 [RJ 1996\8971] y 28.1.1998 [RJ 1998\357]) y (2) El caso del médico o profesional sanitario que actúa de modo negligente, sufriendo el paciente un daño que, de acuerdo con una probabilidad mayor o menor, tal vez no hubiera sufrido en caso de actuación diligente, supuesto conocido generalmente como “pérdida de oportunidad de curación” (la primera fue la STS 10.10.1998 (RJ 1998\8371)).

105 Helge Grosserichter, *Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung*, München, Beck, 2001; Helmut Koziol, *Schadensersatz für verlorene Chancen?*, en G. Hochloch, R. Frank, P. Schlechtriem (Hrsg.), *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 245 y ss; Christoph Müller, *La perte d'une chance. Étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berne, Stämpfli, 2002 y, del mismo autor, *La perte d'une chance*, en B. Foëx / F. Werro, *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Zurich/Bâle, Schulthess 2004, p. 143-181. Gerald Mäsch, *Chance und Schaden. Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004; Laura Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Oxford/Portland, Hart, 2006; Domenico Chindemi, *Il danno da perdita di chance*, Milano, Giuffrè, 2007. Con información sobre la situación de la “pérdida de oportunidad” en diversos ordenamientos jurídicos europeos, vide los distintos informes nacionales y el informe comparado de Helmut Koziol (p. 589-592) en Bénédict Winiger / Helmut Koziol / Bernhard. A. Koch / Reiner Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law, Vol. 1: Essential Cases on Natural Causation*, Wien/New York, Springer, 2007. Ch. 10, p. 545-593.

106 Esenciales, en este punto, Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial del Derecho de daños público y privado*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007 y Clara. I. Asua González, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008. Vide también Jordi Ribot / Albert Ruda, *Loss of a Chance. Spain*, en Winiger /Koziol/ Koch / Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law, vol. 1: Essential Cases on Natural Causation*, cit., p. 567 y ss.

La dificultad de la pérdida de oportunidad radica, pues, en que no se sabe si el daño que sufre la víctima ha sido causado por un determinado agente o puede atribuirse a un hecho que se halla “en la esfera de la víctima”. En términos generales, puede decirse que un hecho se halla “en la esfera de la víctima” si se puede atribuir a (1) la conducta o actividad de la víctima, (2) a la conducta de una persona por la que ésta deba responder (por ejemplo, la actuación de un dependiente), (3) a la materialización de un riesgo que corre a cargo de la propia víctima, (4) a la producción de un fenómeno natural (tormenta, terremoto, desbordamiento de un río, etc.) o (5) a la condición previa de la víctima que no guarda relación con la conducta o actividad de un tercero (p. ej. enfermedades preexistentes).

En los casos de la llamada “pérdida de oportunidad procesal” la incertidumbre radica en el hecho de que es imposible establecer, de acuerdo con los criterios generales de prueba de la causalidad, si el daño sufrido por la víctima también se hubiera producido si el abogado o procurador no hubieran impedido con su negligencia que la acción se presentara en tiempo y forma. En los casos médicos de “pérdida de oportunidad” la incertidumbre radica en el hecho de que es imposible establecer, de acuerdo con los criterios generales de prueba de la causalidad, si el daño sufrido por la víctima se hubiera producido igualmente si el médico no hubiera sido negligente. La pérdida de oportunidad supone, pues, un caso de causalidad alternativa en el que la alternativa a la actuación causal de la que deberá responder quien actúa es, valga el juego de palabras, la *casualidad*¹⁰⁷.

En estos casos los PETL hablan, con carácter general, de “causas inciertas en la esfera de la víctima” y disponen que “la víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, evento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera” (cf. art. 3:106 PETL).

La doctrina francesa y, probablemente en un futuro no lejano la propia legislación de ese país, intentan resolver el problema planteado por la pérdida de oportunidad mediante su reconversión, facilitada por la existencia de una cláusula general de responsabilidad civil, a un nuevo tipo de daño. Así, la “pérdida de oportunidad”, es decir, la pérdida de la posibilidad de obtener un resultado favorable o evitar un resultado desfavorable, se concier-

107 Elke Heinrich, *Haftung bei alternativer Kausalität mit Zufall: Arzthaftung bei unaufklärbarem Kausalverlauf*, Wien, Verlag Österreich, 2010.

be como un nuevo tipo de daño que puede distinguirse de un “daño final”, es decir, del perjuicio corporal o económico efectivamente producidos. Esto permite que se diga que, si bien la relación de causalidad no puede establecerse en relación con el “daño final”, si puede establecerse con claridad en lo que respecta al daño producido por no haber podido obtener un resultado favorable (o no haber podido evitar uno de desfavorable). En otras palabras, aunque no podamos saber si la víctima hubiera padecido tal o cual enfermedad (o hubiera obtenido tal o cual beneficio), sabemos con certeza que al menos ha perdido alguna oportunidad de no sufrirla (o de obtenerlo).

C) OTROS SUPUESTOS

La complejidad de la materia no se agota con los casos señalados anteriormente. En todos ellos la incertidumbre se refería a si la conducta culpable o la actividad sujeta a responsabilidad objetiva había sido *conditio sine qua non* del daño de la víctima. Otros supuestos pueden darse cuando consta, de acuerdo con los criterios de prueba generalmente admitidos, que esa conducta o actividad ha causado algún daño a la víctima, pero se ignora qué parte ha sido causada por el demandado y qué parte se debe a un factor causal distinto, sea la actuación de tercero (Ejemplo 5), de la propia víctima (Ejemplo 6) o un hecho de la naturaleza del que nadie deba responder (Ejemplo 7):

Ejemplo 5: Tres perros atacan y muerden a P. Cada uno de esos perros es de un dueño distinto (D1-D3). No se sabe cuáles son las lesiones que ha causado cada perro.

Ejemplo 6: Igual que en el caso anterior, pero parte de las lesiones se producen por culpa de P.

Ejemplo 7: Tres perros atacan y muerden a P. Dos de ellos tienen dueño (D1 y D2), pero el tercero es un perro abandonado. No se sabe cuáles son las lesiones que ha causado cada perro.

Un categoría ulterior incluiría los casos en que la incertidumbre causal se refiere a si la conducta de D producirá un daño en el futuro, pudiendo todavía distinguirse, a su vez, entre un subgrupo de casos en los que lo incierto es si la conducta de D producirá alguno daño a P en el futuro (Ejemplo 8), de otro subgrupo en que, de acuerdo con el estándar de prueba requerido, se ha demostrado que la conducta de D ya ha causado un daño a P, o que lo causará en el futuro, pero lo que se ignora es la gravedad que tendrá (Ejemplo 9):

Ejemplo 8: La conducta negligente de D ha expuesto a P, su empleado, a los efectos nocivos de una sustancia tóxica. No obstante se ignora si las consecuencias de esa exposición comportarán que exista una probabilidad del 20% o del 80% de que contraiga una enfermedad en el futuro.

Ejemplo 9: P ha sufrido la fractura de diversos huesos a resultados de un accidente causado por D, pero en el momento de la interposición de la demanda se ignora si ello provocará que su salud se deteriore en el futuro.

Finalmente, podría pensarse en la combinación de los distintos grupos de casos expuestos, en variaciones que aumentarían la complejidad.

Ejemplo 10: Como en el Ejemplo 1, P realiza trabajos que conllevan el contacto con el amianto o asbesto y trabaja 5 años para D1, 10 años para D2 y 20 años para D3. Pero aquí P es un fumador empedernido y lo que sufre P no es mesotelioma, sino un cáncer de pulmón, que su adicción al tabaco puede haber causado de modo exclusivo o, al menos, puede haber contribuido a causar.

D) CONCLUSIÓN

La clasificación de los supuestos en grupos de casos puede ser útil para clarificar los distintos problemas que se plantean. De hecho, a medida que se profundiza más en el análisis de grupos de casos a los que pueda aplicarse la responsabilidad proporcional, más sobresalen las diferencias entre unos y otros.

La responsabilidad proporcional puede ayudar a resolver problemas de naturaleza diversa y grupos de casos que, más allá de la incertidumbre sobre la causa del daño, poco tienen que ver entre sí, por lo que más que una categoría es una propuesta de solución para intentar resolver diferentes tipos de problemas caracterizados por la nota de incertidumbre en la causalidad fáctica o de hecho.

No obstante, desde el punto de vista del Derecho español no parece aconsejable —al menos a primera vista— intentar resolver todos los posibles problemas mediante las reglas de responsabilidad proporcional. Entre otras razones porque, al parecer, los jueces y tribunales no están demasiado dispuestos a abandonar la solución de la responsabilidad solidaria como forma de distribuir entre todos los posibles causantes del daño las consecuencias de la insolvencia de uno de ellos ni a adoptar normas que, en oca-

siones, puedan ser más perjudiciales para las víctimas.

La *Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*, aunque por el momento no se ocupa de la responsabilidad extracontractual, sí contiene en la regulación de la parte general de obligaciones una norma fugitiva que se ocupa del daño causado por un grupo de causantes del daño y que resuelve la incertidumbre —eso sí, incertidumbre sólo respecto al grado de participación, no sobre la efectiva participación de alguno de ellos— en favor de la víctima mediante la solidaridad (cf. Art. 1122)¹⁰⁸. Más favorable a admitir la responsabilidad proporcional podría mostrarse en el futuro el legislador español en los supuestos de “pérdida de oportunidad”, camino al que poco a poco parece encaminarse la jurisprudencia, en un marco en el que todavía predomina el enfoque francés que entiende la “pérdida de oportunidad” como una categoría específica de daño y que, si prospera la Proposición del Senado francés, pasará a integrarse de este modo en el Código civil reformado de dicho país (cf. 1384, 3er. Párrafo)¹⁰⁹.

En todo caso, sea cual sea el alcance que se quiera dar en nuestra legislación a la responsabilidad proporcional, parece imprescindible limitar su aplicación a los casos en que la incertidumbre causal es “indeterminista” (incertidumbre científica, sistémica, ontológica o inherente), en el sentido que, en la situación objeto de análisis, la probabilidad es una característica de la situación en sí misma, es decir, no se puede probar la causalidad porque es objetivamente imposible obtener determinados datos. No debería extenderse, en cambio, a aquellos casos en que la incertidumbre es epistemológica o evidenciaria, es decir, no debería utilizarse como medio para gestionar la incertidumbre cuando no puede probarse la causalidad porque aquel a quien corresponde la carga de la prueba no puede dar a conocer determinados hechos con las garantías suficientes para que tengan valor probatorio. Y ello es así porque las dificultades probatorias son algo inherente a cualquier proceso judicial, y no hay razón alguna que justifique en el ámbito de la prueba de la causalidad un tratamiento de estas dificultades que sea diferente del dispensado a los demás presupuestos de la responsa-

108 Art. 1122 II CC: “...Será solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas”.

109 Art. 1384, párraf. 3º: «La perte d’une chance constitue un préjudice réparable distinct de l’avantage qu’aurait procuré cette chance si elle s’était réalisée».

bilidad o, incluso, a otros problemas más allá de este ámbito.

Así, por ejemplo, no parece que deba aplicarse en los casos en que la incertidumbre tiene que ver con la decisión que habría adoptado la víctima si hubiera obtenido una determinada información (por ejemplo, relativa a someterse o no a una intervención quirúrgica, en caso de falta de consentimiento informado, o a un aborto, en caso de *wrongful birth*), y el juez no puede determinar lo que habría hecho el paciente si hubiera sido debidamente informado acerca de los riesgos de la operación o de que iba a tener un hijo con discapacidades graves. La incertidumbre que se puede dar aquí es epistemológica, es decir, se encuentra en el hecho de que no puede probarse la causalidad, pero no en el hecho de que la situación que se analiza es de tal naturaleza que impide que pueda llegar a ser operativo el criterio de la *conditio sine qua non*. Cuando se pasa por alto este aspecto, la responsabilidad proporcional puede ser aplicada a cualquier situación de falta de conocimiento de la relación de causalidad y puede abrir la puerta a un ilimitado número de casos “responsabilidad sin causa” en los que se declararía la responsabilidad sin que quedara establecida la correspondiente relación casual.

En cualquier caso, es probable que la regla de responsabilidad proporcional tenga que ser vista como una excepción a las normas generales relativas al establecimiento de la causalidad, por lo que sólo podría recurrirse a ella cuando la aplicación de tales normas generales no resulte suficiente para resolver el problema planteado. Esto significaría también redimensionar el debate sobre la responsabilidad proporcional, que ya no tendría por objeto llegar a establecer una norma general que sea una alternativa a la regla del “todo o nada”, sino articular un conjunto de normas de responsabilidad proporcional que complementen las normas tradicionales cuando éstas sean insuficientes para resolver algunos de los graves problemas planteados por la incertidumbre.

3.3. El alcance de la responsabilidad (imputación objetiva) y criterios

Una vez que, de acuerdo con las reglas anteriores, se ha determinado que quien ha actuado ha causado el daño hay que averiguar todavía de qué consecuencias responde. Lo que se trata, en el fondo, es de encontrar reglas que mantengan los daños de los que se debe responder dentro de unos límites razonables, lo que en ocasiones no se logra con la simple aplicación de la regla de la *conditio sine qua non*.

De esta cuestión se ocupan las reglas de la llamada “imputación objetiva”, introducida en la doctrina española por PANTALEÓN hace más de 20 años¹¹⁰, y adoptada por el Tribunal Supremo español en los últimos 7 u 8 años (cf., por todas, SSTS 26 de enero 2007 [RJ 2007\1873]; 17 de febrero 2009 [RJ 2009\1494], 2 marzo 2009 [JUR 2009\169946]), y de sobra conocida por todos. Un factor importante en la práctica judicial española es que la existencia o no de relación de causalidad, en la medida en que es una cuestión de hecho, no es susceptible de ser revisada en casación, salvo error de Derecho en la valoración de la prueba. En cambio, sí es susceptible de ser revisado en casación el juicio de causalidad de Derecho o de imputación objetiva (cf. SSTS 4 de noviembre 2004 [RJ 2004\6717] y 31 de octubre 2006 [RJ 2006\8882]).

Telegráficamente, puede hacerse aquí referencia a las cuestiones siguientes:

(1) Que bajo el encabezamiento “alcance de la responsabilidad” los PETL (art. 3:201 PETL) y, con más detalle, el *Restatement* estadounidense (Chapter 6 § 29-36), contienen un conjunto de aportaciones que todo legislador europeo debería valorar.

(2) Que de acuerdo con los §§ 29 y 30 *Restatement* es posible intentar una formulación más general, en función de si el riesgo que se ha materializado causando el daño ha sido del tipo de riesgos que determina la responsabilidad y de si la actuación del responsable ha incrementado o no el riesgo de que se produjera tal daño¹¹¹. Así, por ejemplo, proporcionar un arma de fuego a un menor conlleva una actuación negligente y, probablemente, quien la ha proporcionado también deberá responder por las lesiones que el menor cause cuando la dispare, pero no en cambio por las que cause cuando, al caer el arma al pie de alguien, le rompa un dedo con el golpe. Tal vez estas reglas formulan de una manera más general el criterio europeo de “fin de protección de la norma”, muy claro y útil cuando se infringe una ley o un reglamento que tenía por objeto proteger de unos daños determinados, pero que queda más difuminado en otros casos.

110 Cf. Pantaleón, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, cit., p. 1561-1591.

111 § 29. *Limitations for Tortious conduct*. An actor’s liability is limited to those harms that result from the risks that made the actor’s conduct tortious.

§30. *Risk of Harm not generally increased by Tortious Conduct*. An actor is not liable for harm when the tortious conduct aspect of the actor’s conduct was of a type that does not generally increase the risk of that harm.

(3) Que hay que revisar el catálogo de “criterios de imputación” establecidos.

(a) De entrada hay que dejar de lado aquellos que no son propiamente criterios de imputación en el sentido de limitar el alcance de la responsabilidad para corregir la sobredeterminación de la regla de la *conditio sine qua non*. Así, por ejemplo la asunción del riesgo es claramente una causa de exoneración (cf. art. 7:101 (d) PETL y art. VI-3:101 (2) DCFR). Lo mismo se puede decir de la concurrencia de culpa de la víctima (cf. art. 8:101 PETL y art. VI-5:102 DCFR).

(b) Seguidamente hay que plantearse si todos los criterios tradicionales de imputación objetiva en realidad lo son y qué significado tienen realmente. Este es el caso, por ejemplo de la llamada “prohibición de regreso” (*intervening causation, supervening / superseding causes, novus actus interveniens*) (criterio que se refiere a la idea de que no debe responder quien ha puesto en marcha un curso causal al que ha sobrevenido o se ha sobrepuesto otro curso causal puesto en marcha por una fuerza de la naturaleza, un tercero o por la propia víctima, porque este segundo curso causal ha “roto” el nexo de causalidad con el primero).¹¹² Tanto los PETL como el DCFR y el *Restatement*¹¹³ consideran que no es un criterio ni autónomo ni útil, porque los problemas que intenta resolver se resuelven al fin y al cabo por una distribución de riesgos entre los sujetos que intervienen y en función de otros criterios, como el de la previsibilidad (la adecuación) o el de fin de protección de la norma. También se señala que responde a unas concepciones filosóficas periclitadas¹¹⁴. En la misma línea, hay que delimitar el alcance del llamado “riesgo general de la vida”, criterio creado con carácter autónomo en 1960 por Hermann LANGE como “criterio negativo de imputación objetiva”.¹¹⁵

112 Como obra de referencia ineludible en la materia, Douglas J. Hodgson, *The Law of Intervening Causation*, Aldershot, Ashgate, 2008.

113 Vide el comentario de Jaap Spier al art. 3:201 PETL, nm. 11-12, p. 100, el comentario al art. VI-4:101 DCFR, p. 357 y el §34 *Restatement*, p. 569 y ss., donde se dispone que: “§ 34. *Intervening Acts and Superseding Causes*. When a force of nature or an independent act is also a factual cause of harm, an actor’s liability is limited to those arms that result from the risks that made the actor’s conduct tortious”.

114 Sobre este punto, Michael S. Moore, *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 254 y ss.

115 Hermann Lange, *Begrenzung der Haftung für schuldhaft verursachte Schäden*, Verhandlungen des 43. DJT 1960, Bd. 1, T. 1, A53, Tübingen; Mohr (Siebeck), 1960. Vide por todos Erwin Deutsch, *Das “allgemeine Lebensrisiko” als negativer Zurechnungsgrund*, en FS für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1993, p. 251-265.

(4) Que debe tenerse en cuenta que el alcance de la responsabilidad no es el mismo en los casos de responsabilidad por culpa que en los de responsabilidad por dolo. En este sentido el art. 3:201 (b) PETL remite al art. 2:102 (intereses protegidos) donde, entre otros aspectos, se indica que “el alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal manera que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos”. Un tratamiento más detallado del tema se encuentra en el § 33 del *Restatement*.

4. Los criterios de imputación subjetiva (fundamentos de la responsabilidad)

Los que aquí se denominan “criterios de imputación subjetiva” se refieren a las características que debe tener la conducta o actividad de un determinado sujeto para que esté justificado que un daño se ponga a su cargo. Coinciden con lo que los PETL llaman “fundamento de la responsabilidad” y, en una expresión difícil de traducir, con lo que el DCFR llama “*accountability*” [responsabilidad en el sentido de “necesidad de tener que rendir cuentas”, de la persona a quien se puede imputar personalmente un determinado resultado], término que utilizado en este contexto suena extraño incluso a los nativos que hablan el más exquisito inglés de Oxford.¹¹⁶

Cómo se estructuran los distintos criterios de imputación subjetiva es algo que también varía en los diversos modelos.

Los PETL distinguen entre responsabilidad por culpa, responsabilidad “por actividades anormalmente peligrosas” (cláusula general de responsabilidad objetiva) y responsabilidad “por otros” (por hecho ajeno), sin hacer entrar como categoría propia la responsabilidad por dolo. En cambio el DCFR parte básicamente de una bipartición: de la responsabilidad (*accountability*) con dolo (*intention*) o culpa (*negligence*) y la “responsabilidad sin dolo o culpa” (*accountability without intention or negligence*), sin considerar como categoría propia la responsabilidad por hecho ajeno.

116 Como indica Simon Whittaker, “...the adoption of the terminology of “accountability” in Book VI obscures rather than helps to elucidate the intentions of the DCFR in relation to non-contractual liability”. Simon Whittaker, *The “Draft Common Frame of Reference”: An Assessment, Comissioned by the Ministry of Justice*. United Kingdom, November 2008, http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference__an_assessment.pdf (Fecha de consulta: 4.3.2011), p. 10 y p. 162-164.

Omitir la referencia al dolo puede parecer grave, pero el DCFR, tras definir el dolo (y el dolo eventual) (art. VI.- 3:101 DCFR) no hace una regulación diferenciada de las consecuencias de la actuación dolosa. El *Restatement*, por su parte, explicita los diversos tipos de conducta (*intent, recklessness, fault*) (cf. §§ 1-3).

En cambio, omitir la referencia a la responsabilidad por hecho ajeno como supuesto específico, en mi opinión, no parece aconsejable. La omisión se da tanto en el DCFR como en el *Restatement*. En el primer caso, el DCFR regula la responsabilidad de las personas e instituciones que tienen el deber de velar por menores u otras personas en el marco de la responsabilidad por dolo o negligencia (art. VI.-3: 104 DCFR) mientras que la del principal por el hecho de sus auxiliares se regula en el marco de la llamada responsabilidad “sin dolo o negligencia” (VI.-3: 201 DCFR). En el caso del *Restatement* la omisión se justifica plenamente. Por un lado, en el *Common Law* los padres no responden de los daños causados por sus hijos por hecho ajeno, como infracción de un deber de velar por el menor derivado de la potestad parental, sino por hecho propio, es decir, como responderían en caso de que tuvieran el deber de supervisar a un extraño. Por otro, porque la responsabilidad del principal por el hecho del auxiliar se regula básicamente en otro *Restatement*, el *Restatement of Agency*.¹¹⁷

Como establecen los PETL, la responsabilidad por hecho ajeno es una categoría propia que no puede subsumirse en las de responsabilidad por culpa o de responsabilidad objetiva porque ha de tener en cuenta dos posibles sujetos responsables y no uno solo, de tal manera que la conducta o actividad de cada uno de ellos será relevante para establecer si hay responsabilidad o no.

Así, en el primer supuesto de responsabilidad por hecho ajeno por falta de supervisión, el sujeto que responde por otro lo hace porque él mismo ha infringido un deber de conducta. No obstante, también se requiere que la conducta ajena haya sido negligente o, como mínimo, “objetivamente negligente”. Esa llamada “conducta objetivamente negligente”, aunque parezca un oxímoron, no es más que una forma abreviada de decir que quien ha actuado no responde porque no tiene capacidad de culpa civil pero, al mismo tiempo, afirmar que ha actuado “mal” porque ha hecho algo de lo

117 The American Law Institute, *Restatement of the Law (Third) Agency*, 2 vols., St. Paul, Minn., American Law Institute, 2006.

que él mismo hubiera tenido que responder si hubiera sido mayor de edad. Esta idea se recoge perfectamente en el art. VI.- 3:104 DCFR cuando dice que los padres y otras personas que deben velar por el menor responden, cumpliéndose los demás requisitos, cuando el menor ha causado el daño “mediante una conducta que constituiría una conducta intencional o negligente si fuera la conducta de un adulto”. La jurisprudencia francesa había prescindido de esta matización y por eso los padres responden por los daños causados por sus hijos de la misma manera que responden por los causados por sus gatos, perros y animales de compañía, es decir, sin que sea necesaria la existencia de culpa por su parte, pero también sin que se entre a valorar en ningún momento la conducta del menor (o del animal). Con este criterio se puede dar la paradoja de que los padres respondan por daños causados por conductas “correctas” de los menores o que, incluso, de conductas que no hubieran hecho responder a ese menor si, en vez de ser menor, hubiera sido mayor de edad.

4.1. Responsabilidad por culpa

A) CAPACIDAD DE CULPA CIVIL

La culpa requiere, en primer lugar, que el sujeto que debe responder sea “civilmente imputable”, es decir, capaz de culpa civil o, en otras palabras, capaz de discernir entre el bien y el mal y de comprender qué significa socialmente causar daño a otro. En el ámbito comparado la capacidad de culpa civil se determina de maneras muy diferentes.

En algunos países, existe una regla rígida que determina que por debajo de un cierta edad, tradicionalmente los 7 años, se es incapaz de culpa civil. Otros ordenamientos jurídicos consideran que el límite de edad sólo da lugar a una presunción *iuris tantum*, de tal manera que por debajo de este umbral el menor no responderá, salvo prueba en contrario que demuestre su capacidad de culpa civil. Finalmente, otros ordenamientos jurídicos no establezcan un límite de edad.

En principio no parecería un buen criterio adoptar un límite de edad fijo con carácter absoluto. Entre otras razones porque no es demasiado claro cuál deba ser ese umbral (7 años el DCFR y Alemania, 14 años en los Países Bajos, Austria y Portugal ... pero 5 sólo según el *Restatement*¹¹⁸), ni si debe ser el mismo para todas las actividades en las que interviene un

118 Cf. § 10 *Children* .- (b). A child less than five years of age is incapable of negligence.

menor (p. ej. 7 años, como criterio general en Alemania, pero 10 para accidentes donde intervienen automóviles, trenes y, en general vehículos que van sobre raíles [cf. § 828 (1) y (2) BGB], salvo que el menor entre 7 y 10 años haya actuado con dolo). Más discutible es si convendría fijar alguna edad que diera lugar a una presunción.

Los PETL (cf. art. 4:102 (2) PETL), en cambio, se inclinan por un criterio abierto, porque es mucho más flexible: el grado de madurez del menor dependerá de un cúmulo de circunstancias como el ambiente donde ha crecido el menor, la educación que ha recibido, el tipo de actividad en la que se ha producido el daño, etc. y el criterio flexible permite al juez llevar a cabo una valoración más adaptada a las peculiaridades de cada caso.

Haya o no edad fija, la segunda cuestión que se plantea es cómo se analiza la conducta del menor, si con un criterio objetivo (en relación con la capacidad de otros menores de la misma edad, como lo hacen el art. 3:103 (1) DCFR y § 10 (a) *Restatement*) o con relación a un criterio subjetivo (análisis del menor concreto, como lo hace el art. 4:102 (2) PETL). La principal crítica al criterio objetivo es que es ilusorio, porque como hay que ir ajustándolo a las circunstancias particulares del menor, al final se convierte un criterio puramente subjetivo. La principal crítica que se suele formular al criterio subjetivo es que puede dar lugar a situaciones complejas en las que aquellos que tienen que responder por los menores se esfuercen en demostrar que sus hijos tienen menos discernimiento que otros menores que tienen la misma edad y que se encuentran en sus mismas circunstancias. A esta crítica habría que añadirle que supone emplear un criterio diferente para los menores, dado que en relación con los adultos el criterio es objetivo (el de “la persona razonable que se encuentre en las mismas circunstancias”).

La falta de capacidad de culpa civil puede también venir dada por las anomalías psíquicas. Aunque algunos ordenamientos tratan de manera diferente los dos supuestos (como también lo hace el DCFR, cf. VI.- Chap. 3, Sec. 1 en relación con el art. VI.- 5:301 DCFR), en un principio no parece haber razones de suficiente peso para un tratamiento de este tipo (cf. en este sentido, y en más detalle, § 11 *Disability*, del *Restatement*). Hay que plantearse finalmente si las anomalías físicas, en algunos casos, pueden servir también para modular de alguna manera la diligencia.

B) ESTÁNDAR DE CONDUCTA EXIGIBLE

El estándar o patrón de conducta más extendido es el de la “persona razonable” (formulación moderna del viejo criterio del *bonus pater familiae*) (cf. art. 4:101 y 4:102 (1) PETL y art. VI.- 3:102 (b) DCFR) y, si bien con una formulación ligeramente diferente, § 3 *Restatement*).

Este patrón de conducta deberá adaptarse a las circunstancias de cada caso. El DCFR no da criterios para hacer esa adaptación. En cambio, algunos de los que da el art. 4:102 PETL¹¹⁹ ya han sido empleados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español dado que, de acuerdo con las SSTs 17 de julio 2007 [RJ 2007 \ 4895] y 21 de noviembre 2008 [RJ 2009 \ 144]), “tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y complementar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones”.

La primera de las dos sentencias citadas usó el criterio de la “relación de proximidad o especial confianza”, por considerar que quien recibía en su casa como anfitrión a unos amigos que venían a cenar no había sido negligente por el hecho de que uno de ellos —el que había entrado en la casa como en casa propia— cayó al pisar un objeto (no quedó claro, pero parecía que era un pequeño juguete con ruedas) que había en el suelo de un pasillo oscuro.¹²⁰ En la segunda sentencia, referida a los daños causados por la explosión producida por las emisiones de gas de un producto químico altamente peligroso, utilizado de forma masiva para desinsectar una casa, el Tribunal Supremo, con cita de los PETL, usó el criterio del conocimiento de la peligrosidad del producto para considerar que el demandado no había sido suficientemente diligente.

La negligencia puede resultar también de la infracción de leyes o reglamentos que prescriben o prohíben una determinada conducta. En general, la regla es que la infracción de este tipo de norma conlleva actuación negligente-

119 Art. 4:102. *Estándar de conducta exigible*. (1) El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos.

120 La sentencia ha sido comentada por Pablo Salvador Coderch / Sonia Ramos González, *Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados*, 2 InDret (2008). Para una visión alternativa del tema, en su famoso discurso como decano de la Universität de Giessen, Ihering decía: “Bei Gefälligkeitsverhältnissen dagegen ist es ebenso natürlich, dass der, welcher die Gefälligkeit erhält, welcher also gewinnt, für *culpa levis*, als dass der, welcher sie erweist, welcher also opfert, bloß für *culpa lata* einstehe”. Cf. Rudolph von Ihering, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Giessen, Emil Roth, 1867, p. 54.

te, mientras que su observancia no es suficiente para fundamentar la diligencia. Los PETL se refieren a este criterio como un criterio más para determinar el estándar de conducta (cf. art. 4:102 (3) PETL), mientras que el DCFR, posiblemente por influencia del § 823 (2) BGB y del *tort de breach of statutory duty* del Common Law, considera la infracción de la ley o reglamento con finalidad protectora como un supuesto aparte (cf. art. VI.- 3:102 (a) DCFR).

C) INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA

Desde los años 40 del siglo pasado hasta hace menos de una década, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español hizo un uso casi sistemático y, en todo caso abusivo, de la presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba de la misma. El efecto práctico de este enfoque conocido con el pomposo nombre de “proceso de objetivación de la responsabilidad” era que el demandante debía probar la actuación del demandado, el daño y la relación de causalidad entre uno y otra, mientras que, por regla general, correspondía al demandado probar que no había sido negligente.

En los últimos años, sin embargo, el Tribunal Supremo ha abandonado acertadamente este enfoque de la inversión prácticamente generalizada de la carga de la prueba. Así, ha señalado que el art. 1902 no admite tal inversión y que la doctrina del riesgo, aplicable sólo en supuestos de riesgos extraordinarios, es decir, riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios (SSTS de 18 de julio de 2002 [RJ 2002\6245]), “sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es a aceptar la aplicación del principio de proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia del daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole” (cf., STS 9.2.2011 [JUR 2011\67622]).

La regla de la inversión de la carga de la prueba limitada al supuestos de “riesgos extraordinarios” se encuentra formulada de manera clara en los PETL y, en el contexto español no tiene por objeto expandir la responsabilidad sino limitarla a supuestos en que el carácter extraordinario del riesgo lo justifique. Lo que justifica la inversión es, según el art. 4:201 PETL “la gravedad del peligro”, la que se determina mediante una fórmula similar a la del Juez Learned Hand:

Gravedad del peligro = gravedad del daño x probabilidad de que se produzca

4.2. Responsabilidad por actividades “anormalmente peligrosas”: cláusula general de responsabilidad objetiva versus supuestos específicos

La responsabilidad por riesgos extraordinarios o por peligro grave, y que según los PETL sólo da lugar a una inversión de la carga de la prueba de la culpa no puede confundirse con la responsabilidad por “actividades anormalmente peligrosas” que tanto en los PETL como en el Restatement sirven de base a una cláusula general de responsabilidad objetiva (cf. art. 5:101 PETL y § 20 Restatement).

En los dos textos estas cláusulas son prácticamente idénticas. Están pensadas para supuestos muy residuales, dado que requieren la concurrencia de dos elementos que suele resultar difícil que coincidan en la práctica:

(1) Que la actividad sea “anormalmente peligrosa”, es decir, que cree un riesgo previsible y significativo de daño aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y

(2) Que la actividad no sea una de esas que son “de uso común”, es decir, que no sea de aquellas que en una comunidad lleva a cabo una gran parte de la población.

Así por ejemplo, hoy la conducción de vehículos a motor no es una actividad anormalmente peligrosa porque la lleva a cabo una gran parte de la población. Ciertamente, el legislador puede someterla a un régimen de responsabilidad objetiva o no hacerlo (como en el caso de Inglaterra), pero no es una actividad que quede comprendida en la cláusula general. Cuestión distinta sería si tuviéramos en cuenta la sociedad en la que empezaron a circular los primeros vehículos a motor. Entonces era una actividad nueva, con unos peligros desconocidos a los que todavía no se había adaptado la población. La falta “de uso común” podría haber justificado la aplicación de esta cláusula. Debido a este criterio, otras actividades, como por ejemplo derribar edificios con explosiones controladas de cargas de dinamita, serán siempre “anormalmente peligrosas”.

El *Restatement* combina esta cláusula general con supuestos específicos de responsabilidad objetiva, cosa que no hacen los PETL, que no se pronuncian sobre casos específicos y remiten a lo que disponga el legislador nacional.

Que el legislador nacional puede establecer casos específicos de responsabilidad objetiva es algo claro y habitual. Es más, es lo que sucede en la mayoría de los países de nuestro entorno. Lo que es más extraordinario es

que lo pueda hacer el juez, como expresamente prevén los PETL al indicar que “salvo que la ley nacional disponga otra cosa, los supuestos adicionales de responsabilidad objetiva pueden establecerse por analogía con otros que originen un riesgo similar de daño” (art. 5:102 PETL). Esta es una regla muy minoritaria en el ámbito europeo (probablemente sólo se aplica en Austria) y es algo difícil de aceptar en una tradición cultural como la nuestra.

En el ámbito europeo es muy difícil ponerse de acuerdo sobre cuáles son los supuestos concretos en que debe existir responsabilidad objetiva. Como es bien sabido, los franceses mantienen una concepción muy peculiar de “responsabilidad por hecho de las cosas” (*responsabilité du fait des choses*), que se aplica tanto a la guarda de cosas como de animales, y tanto si aquellas están en movimiento como si no, y provoca una ampliación muy considerable del área de responsabilidad objetiva.¹²¹ Inglaterra, en cambio, se encuentra en el otro extremo, dado que la responsabilidad objetiva es muy excepcional. En un término medio, con más o menos supuestos de responsabilidad objetiva se encuentran la mayoría de los países europeos, incluida España.

El DCFR establece un listado de supuestos bastante amplio. Dejando de lado la responsabilidad por hecho ajeno en el caso de auxiliares o dependientes que, como hemos dicho, creemos que no está bien clasificada en el DCFR, propone como casos de responsabilidad objetiva los siguientes:

- (a) daños causados por el estado peligroso de un inmueble (art. VI.-3:202 DCFR);
- (b) daños causados por animales (art. VI.-3: 203 DCFR);
- (c) daños causados por productos defectuosos (art. VI.-3: 204 DCFR);
- (d) daños causados por vehículos a motor (art. VI.- 3:205 DCFR) y
- (e) daños causados por sustancias e inmisiones peligrosas (art. VI.-3:206 DCFR).

Unos supuestos parecidos podrían encajar con una reforma del Código

121 Régimen que la Proposición actualmente en trámite reformula en los artículos siguientes:

«Art. 1386-4. – On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses ou des animaux que l’on a sous sa garde.

«Ni le vice de la chose, ni le trouble physique du gardien ne constituent une cause d’exonération.

«Art. 1386-5. – Le fait de la chose est établi dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.

«Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l’anormalité de sa position ou de son état.

«Art. 1386-6. – Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose ou de l’animal lors de la survenance du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien.

civil que, a la vez, fuera respetuosa con la tradición y modernizara el Código con la incorporación de dos supuestos de gran importancia como son la responsabilidad por daños causados por la circulación de vehículos a motor y la responsabilidad por productos defectuosos.

En el caso de la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos, su inclusión en el Código civil parece recomendable por varias razones.

Una primera razón es el deplorable estado en que ha quedado la regulación actual por la inexperta mano de quien, mezclando de manera torpe la regulación de los daños causados por productos y servicios, hizo en 2007 la refundición del TRLGDCU.

Si se considera que la regulación de productos debe continuar siendo una regulación de consumidores, también debería incorporarse al Código civil por coherencia con el criterio adoptado por la *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos* que, siguiendo el criterio del Código civil alemán, propugna incorporar en el Código la legislación de Derecho privado de consumidores¹²².

No obstante, parecería más sensato aprovechar la oportunidad para eliminar de una vez por todas lo poco de Derecho de consumo que tiene la regulación de productos, cuyo único punto de conexión con la protección de consumidores es la limitación de su aplicación a los daños materiales causados por productos defectuosos “...siempre que éstos afecten a bienes... objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado” (cf. art. 129, 1 TRLGDCU), y generalizarla a todo tipo de bienes dañados por productos defectuosos.

Esta posibilidad la ha indicado el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 4 de junio de 2009 dictada en el *Asunto C-285/08 Moteurs Leroy Somer c Dalkia France y Ace Europe*, al establecer que “...la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374... Puesto que la armonización realizada por la referida Directiva no incluye la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso, dicha Directi-

122 Sobre los distintos modelos adoptados en Europa puede verse Alexander v. Vogel, *Verbraucher-vertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht. Fragen der Kohärenz in Europa*, Berlin, De Gruyter, 2006, p. 227-258.

va no impide que un Estado miembro establezca a este respecto un régimen de responsabilidad similar al que ella instaura”¹²³.

En el fondo, la ampliación que se propone no supondría ninguna novedad práctica, porque es lo que ya hacen los tribunales españoles (cf. por ejemplo, entre muchas otras, la STS 30.4.2008 [RJ 2008\2686], relativa a los daños en establecimiento comercial a consecuencia del incendio de un vehículo Opel defectuoso estacionado en el garaje de la galería que ocupaba). Esta práctica, es *contra legem*, en el caso de que se pretenda amparar en la normativa española de transposición de la Directiva de productos (cf. ahora art. 129.1 TRLGDCU) y, en el caso de que no se pretenda amparar en ella, es contraria al criterio tradicional del Tribunal Supremo español, que no aplica por analogía los regímenes de responsabilidad objetiva.

4.3. La responsabilidad por hecho ajeno

La primera cuestión que puede señalarse en esta materia es la necesidad de distinguir la responsabilidad en función de si la relación que tiene la persona que responde con la persona que actúa directamente y por quien responde, que es la relación que fundamenta la responsabilidad, se establece en beneficio propio de quien responde o en beneficio de esa otra persona por la que se responde.

Dentro del primer grupo se encuentran aquellas personas que se sirven de la actuación de otras para llevar a cabo sus actividades. En estos casos es habitual en nuestro Derecho hablar de la responsabilidad del “empresario” por hecho de sus “dependientes” y el propio art. 1903 IV CC, máximo exponente de una terminología trasnochada y obsoleta, habla de “dueños o directores de un establecimiento o empresa” que responden de los daños causados por sus “dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados...”. Ciertamente, la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes constituye uno de los casos de frecuente aplicación pero, tanto en nuestro país como en el ámbito comparado, la aplicación de este tipo de responsabilidad va más allá de aquellos que están vinculados por un contrato de trabajo o por un contrato de servicios y cubre todas aquellas situaciones en que una persona (auxiliar) actúa subordinada a las instrucciones de otra (principal), que es quien recibe los beneficios

123 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de junio de 2009, *Asunto C-285/08 Moteurs Leroy Somer c Dalkia France y Ace Europe* (TJCE 2009\157).

de la actividad del primero¹²⁴. La terminología de “principal” y “auxiliar” abarca, pues, un conjunto de casos más amplio y concuerda mejor con la realidad de la relación –que pone el acento en la relación de subordinación o dependencia, no en la condición de empresario y trabajador– y por esa razón es la que su utilizará aquí.

Dentro del segundo grupo, en cambio, se encuentran aquellas personas que tienen el deber de velar por otros, fundamentalmente, padres, tutores e instituciones de guarda de menores y personas discapacitadas. En este trabajo nos centraremos fundamentalmente en los menores.

A) LA RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR EL HECHO DE SUS AUXILIARES

En los países de nuestro entorno la responsabilidad del principal por los daños causados por sus auxiliares se regula a partir de dos posibles grandes modelos: el de la responsabilidad vicaria del principal por la actuación negligente de sus auxiliares y el de responsabilidad por culpa presunta del principal (*culpa in eligendo, in instruendo o in vigilando*)

(A) LOS DISTINTOS MODELOS DE REGULACIÓN

(aa) La solución más común: la responsabilidad vicaria

El modelo más extendido en Europa de responsabilidad del principal por el hecho de sus auxiliares es el de “responsabilidad vicaria”, es decir, el que parte de la responsabilidad objetiva del principal por los daños causados por la conducta culposa de sus auxiliares.¹²⁵ Con distintos matices es el existente en Austria (§ 1315 ABGB), Italia (art. 2049 c.c.), Países Bajos (art. 6:170 BW), o Portugal (art. 500 Código Civil)¹²⁶. También es el que resulta de la interpretación judicial francesa¹²⁷, que pretende consolidar la Propo-

124 Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 1998, vol. 1, nm. 191, p. 207; Paula Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 103 y ss.

125 Para una perspectiva general vide von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., nm. 180, p. 198 y ss y Suzanne Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, p. 302 y ss. Recientemente, con más detalle, pero centrándose en el análisis de unos pocos países, Paula Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, op. cit.

126 Para más detalles vide los distintos informes nacionales en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, cit., p. 11-12, 16 y ss. Vide también von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., nm. 182-184, p. 199-200.

127 Vide Geneviève Viney / Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, en Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil*, 3ème. ed., Paris, LGDJ, 2006, p. 974 y ss.

sición de Ley presentada en el Senado francés el 9 de julio de 2010 (art. 1386-10)¹²⁸. Un modelo de responsabilidad vicaria es también el adoptado por el Derecho inglés, ya que la responsabilidad del principal sólo requiere que el demandante pruebe el acto ilícito del auxiliar, que éste tenía la condición de auxiliar respecto del principal, y que dicho ilícito fue cometido en el desempeño de sus funciones (“in the course of the employment”)¹²⁹. También el régimen de responsabilidad vicaria del principal es el modelo dominante en los Estados Unidos y el adoptado por el *Restatement (Third) of Agency* al señalar que “un principal responde vicariamente frente un tercero dañado por la conducta del agente cuando, (a) tal como se establece en la Secc. 7.07, el agente es un empleado que comete un ilícito actuando en el ámbito de sus funciones”¹³⁰.

(bb) El progresivo abandono de la responsabilidad por culpa presunta

En Europa son pocos los países que mantienen un régimen de responsabilidad por culpa presunta. Entre ellos se hallan Suiza (art. 222 Código civil y art. 55 Código de obligaciones), Alemania (§ 831 BGB) y, al menos formalmente, como es bien sabido, España (art. 1903 VI CC)¹³¹. Sin embargo, en estos países la jurisprudencia ha hecho un esfuerzo ímprobo para ir “objetivando” de modo paulatino la responsabilidad del principal e intentar así superar las limitaciones de ese modelo.

Así, por ejemplo, en Suiza, el art. 55.1 del Código de obligaciones hace responder al principal de los daños causados por sus empleados u otros auxiliares “si no prueba que ha adoptado la diligencia requerida por las circunstancias para evitar un daño de ese tipo o que también se habría producido el mismo en caso de haber actuado con esa diligencia”. No obstante, el Tribunal Federal reformuló su jurisprudencia a partir de una sentencia de

128 En realidad, la reforma francesa va más allá, ya que no requiere ni tan solo la actuación culposa del auxiliar, al disponer el art. 1386-10 que “[L]e commettant est responsable des dommages causés par son préposé, à moins qu’il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions, ou qu’il établisse que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant”.

129 Vide W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 18th., London, Sweet & Maxwell, 2010, p. 942 y ss; Giliker, *Vicarious Liability in Tort*, cit., p. 6 y ss.

130 The American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Agency*, Vol. 2, St. Paul, Minn., American Law Institute, 2006, p. 151 y ss, 198 y ss.

131 Vide Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., p. 198 y ss, y Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 302.

1984¹³² y estableció que para exonerarse no era suficiente que el principal demostrara que había actuado con la diligencia debida, sino que además debía probar que había organizado su actividad empresarial de tal modo que evitara causar daños a terceros; con ello agravaba el régimen de responsabilidad del principal y lo aproximaba, como ha señalado la doctrina de ese país, a un régimen de responsabilidad por defectos de organización (*Organisationshaftung*)¹³³.

En Alemania, mientras que el § 831.I.2 BGB parte de un régimen de responsabilidad por culpa presunta del principal, la jurisprudencia también ha recurrido a diversos mecanismos para impedir o dificultar su exoneración. Mecanismos que van desde reducir el ámbito de aplicación del precepto mediante una interpretación extensiva del régimen de responsabilidad objetiva de las personas jurídicas por los hechos de sus representantes (cf. § 31 BGB)¹³⁴, hasta recurrir al precepto general de responsabilidad por culpa (cf. § 823 BGB) para derivar de él un deber del principal en la organización de la actividad de sus auxiliares (“*Organisationsverschulden*”) que no admite la exoneración¹³⁵. Esa reducción del ámbito de la regulación de la responsabilidad por hecho ajeno hasta hacer prácticamente inaplicable el § 831 BGB ha pasado también por extender a la responsabilidad extracontractual la aplicación del § 278 BGB, que regula la responsabilidad contractual del deudor por la actuación de sus “auxiliares en el cumplimiento” (*Erfüllungsgehilfen*) y que, a diferencia de su precepto equivalente en el ámbito extracontractual, establece un régimen de responsabilidad vicaria del principal sin, por lo tanto, permitir su exoneración. O también, por la vía indirecta, de reconocer al auxiliar que ha respondido ante la víctima una acción de repetición contra el principal por el valor total de la indemnización pagada incluso en los casos en que se ha rechazado la res-

132 “Schachtrahmen-Fall” (1984, BGE 110 II 456).

133 Vide en este sentido, Pierre Widmer, *Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 263-264.

134 En realidad, el precepto no trata propiamente de un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno sino de responsabilidad de las personas jurídicas por actos de sus directivos. Originariamente se restringía su aplicación a los altos directivos (directores, miembros del equipo de dirección o representantes designados de acuerdo con los estatutos), pero la práctica jurisprudencial la extendió a cualquier persona que ejerciera funciones de dirección en posiciones inferiores. Cf. Ulrich. Magnus / Jörg Fedtke, *Liability for Damage Caused by Others Under German Law*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 113.

135 Cf. Magnus/Fedtke, ibidem, p. 113 y, con más detalle, Wagner/MünchKomm., Band. 5, *Schuldrecht. Besonderer Teil* III, 4. Aufl., München, Beck, 2004, § 831, RdNr. 39, p. 2018.

ponsabilidad del principal de acuerdo con el § 831 BGB¹³⁶.

Finalmente, en España, como es de sobra conocido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha intentado superar la falta de adaptación del texto del art. 1903 IV CC a la realidad empresarial moderna, caracterizada por una relación entre los empresarios y auxiliares menos personal y directa, mediante una aplicación flexible del precepto. Esta interpretación, a pesar de reconocer formalmente la posibilidad teórica de que el principal puede exonerarse de acuerdo con la regla del art. 1903 VI CC¹³⁷, hace prácticamente imposible que ello suceda en la realidad.¹³⁸ Incluso, al menos hasta principios de este siglo, eran frecuentes sentencias que se referían al carácter “cuasi-objetivo” de la responsabilidad del empresario o a “la admisión de las doctrinas de mayor matiz objetivista de creación del riesgo”, para justificar este resultado¹³⁹. Además, para hacer responder al empresario, nuestros tribunales consideran suficiente probar la culpa anónima de algún auxiliar, sin necesidad de identificar el concreto auxiliar causante del daño¹⁴⁰. Por su parte, sectores relevantes de la doctrina han propugnado una interpretación conjunta de los arts. 1903 IV y VI CC y 1904 CC, de un modo parecido como ha ocurrido en los países anteriormente mencionados, para derivar de ella la responsabilidad vicaria de los empresarios por el hecho de sus dependientes.¹⁴¹

136 Vide von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., nm. 189-190, p. 205-207.

137 Vide, entre otras muchas, las SSTS 19.6.2000 (RJ 2000\5291); 6.3.2007 (RJ 2007\1828) y 10.10.2007 (RJ 2007\6813). Vide, con más detalle, Josep Solé Feliu, *La responsabilidad del principal por los hechos de sus auxiliares*, Madrid, Reus (en prensa).

138 Así, por ejemplo, Fernando Peña señala que “no es posible encontrar una sola sentencia del Tribunal Supremo en la que se haya exonerado de responsabilidad al empresario por razón de haber acreditado un comportamiento adecuado al deber de diligencia que le es exigible” (“La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, en J. M^a Pena López, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, p. 155).

139 Por ejemplo, la STS 19.6.2000 (RJ 2000\5291).

140 Como establecen, entre otras, las SSTS 9.6.1998 (RJ 1998\3717) y 11.11.2002 (RJ 2002\9640), al señalar que “[E]l artículo 1903 del Código Civil (...) no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente (...). Su aplicación deviene, también, insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas”. Sobre esta posición jurisprudencial vide también recientemente Iris Beluche Rincon, *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, Revista de Derecho Patrimonial, n^o 25, 2010, p. 209.

141 Encarna Roca Trías, *La acción de repetición prevista en el artículo 1903 del Código Civil*, ADC

(cc) *La responsabilidad vicaria como modelo más adecuado*

A la vista del predominio de los regímenes de responsabilidad vicaria y de los problemas planteados en todos aquellos ordenamientos todavía anclados formalmente en la culpa del empresario o principal, no es de extrañar que tanto los PETL como los DCFR, opten por un régimen de responsabilidad vicaria.

Así, los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL) disponen en su art. 6:102 (1) que:

Art. 6:102. Responsabilidad por los auxiliares

(1) Una persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible....

Por su parte el art VI.- 3:201 (1) DCFR dispone que:

“Quien emplea o de un modo similar toma a otro a su servicio responde por la causación de un daño jurídicamente relevante sufrido por un tercero si la persona empleada o a su servicio: (a) ha causado el daño en el desempeño de sus funciones; y (b) ha causado el daño dolosa o negligentemente, o si le es imputable la causación del daño por cualquier otra razón”¹⁴².

Existe un cierto consenso internacional en que el modelo tradicional de responsabilidad por culpa presunta del empresario no se adapta a la realidad actual. Esa idea del empresario individual que se relacionaba personalmente con sus empleados ha perdido importancia y ha dado paso a organizaciones empresariales, más o menos complejas, pero siempre más anónimas¹⁴³. En ellas el centro de gravedad se traslada de la conducta individual a la actividad organizativa en sí misma considerada, y por ello afirmar que el empresario tenga un deber de supervisión individual de sus empleados, por cuya infracción deba responder, ya no resulta creíble.¹⁴⁴

1998, p. 20-21 y Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 301.

142 Art. VI.-3:201 (1) DCFR: “A person who employs or similarly engages another is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third person when the person employed or engaged: (1) caused the damage in the course of the employment or engagement; and (b) caused the damage intentionally or negligently, or is otherwise accountable for the causation of the damage”.

143 Magnus/Fedtke, *Liability for Damage Caused by Others Under German Law*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 112.

144 Sobre esta cuestión vide, W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 18th., cit, p. 946 y ss. También en Derecho español ha habido desde hace tiempo propuestas de *lege ferenda* en favor de un régimen

Razones de política legislativa también aconsejan optar por un régimen de responsabilidad vicaria del empresario por los hechos de sus dependientes. Cargar las consecuencias de la acción negligente del auxiliar al principal con independencia de la culpa de éste concuerda con la idea de hacer responder a quien disfruta del beneficio de dicha actividad¹⁴⁵. Se afirma también que el régimen de responsabilidad vicaria comporta un incentivo para que el principal despliegue su superior capacidad para controlar los riesgos que resultan de la actividad de sus auxiliares¹⁴⁶, tanto porque es quien mejor conoce los riesgos inherentes a la misma como porque es quien se encuentra en mejor posición para establecer los instrumentos de prevención y control sobre la actuación de sus auxiliares.¹⁴⁷ En comparación con éstos, el principal es también quien está en mejor posición para hacer frente a las consecuencias dañosas de su actividad, para repercutir los costes preventivos e indemnizatorios de la responsabilidad sobre el precio de sus productos o servicios, y para cubrir los riesgos de su actividad concertando una póliza de seguro.¹⁴⁸

(B) CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD VICARIA DEL PRINCIPAL POR LOS HECHOS DE SUS AUXILIARES

En una modernización de la responsabilidad del principal deberían plasmarse con la mayor claridad posible los presupuestos de la responsabilidad del principal por los hechos de sus auxiliares. Si bien se observa, todos esos presupuestos, con excepción de la culpa del principal, son los

de responsabilidad vicaria. En este sentido, recientemente, Beluche Rincón, *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, cit., p. 214 y ss.

145 Olivier Moréteau, Com. al Capítulo 6 PETL. Responsabilidad por otros”, p. 158. Sobre este y otros argumentos vide también Pablo Salvador Coderch / Carlos I. Gómez Ligüerre / J. A. Ruiz García / Antoni Rubí / José Piñeiro, *Respondeat Superior I*, InDret 2/2002, p. 6 y ss.

146 Para una argumentación desde la perspectiva del análisis económico del Derecho vide Gerhard Wagner, *The Law of Torts in the DCFR*, en Gerhard Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Berlin, Sellier / de Gruyter, 2009, p. 251; Salvador Coderch / Carlos I. Gómez Ligüerre / J. A. Ruiz García / Antoni Rubí / José Piñeiro, *Respondeat Superior I*, cit, p. 6 y ss, y Reiner H. Kraakman, “Vicarious and Corporate Civil liability, en Michael Faure (Ed.), *Tort Law and Economics*, 2nd ed., Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2009, p. 135.

147 Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, cit., p. 251 y Salvador Coderch / Gómez Ligüerre / Ruiz García / Rubí / Piñeiro, *Respondeat Superior I*, cit., p. 8.

148 Vide Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, cit., p. 251; Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 16 y ss y, entre nosotros, Salvador Coderch / Gómez Ligüerre / Ruiz García / Rubí / Piñeiro, *Respondeat Superior I*, cit., p. 6. También Beluche Rincón, *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, cit., p. 214-215.

mismos que deben darse en los casos de responsabilidad por culpa presunta. De modo somero, merecen destacarse los siguientes:

(aa) La condición de “auxiliar”

Aunque en algunos ordenamientos jurídicos (p. ej. Estados Unidos, Israel, Países Bajos o Polonia), la responsabilidad por los hechos de los auxiliares se restringe a aquellas situaciones en las que existe algún tipo de contrato de servicios entre el empresario y el empleado o, como mínimo, una prestación de servicios que se lleva a cabo de modo subordinado y a cambio de una remuneración, en la mayoría de los países europeos (tales como Alemania, Austria, España, Francia, Grecia, Italia y Suiza) predomina una visión mucho más amplia y el criterio decisivo para atribuir la responsabilidad al principal es la simple relación de dependencia o subordinación a la que se halla sujeto el auxiliar, aunque ésta no se base en un contrato de servicios y sea puramente gratuita. Así, la responsabilidad por los auxiliares trasciende el ámbito empresarial o comercial y se extiende a otros supuestos de dependencia o subordinación en los casos en que parientes, amigos o vecinos se prestan de modo ocasional servicios no remunerados,¹⁴⁹ siempre que la prestación o el servicio encargados al auxiliar no se limiten a un mero favor y sean de aquellos que habitualmente se prestan en el marco de relaciones contractuales o cuasi-contractuales.¹⁵⁰

bb) La relación entre el principal y el auxiliar: la relación de subordinación o dependencia

(i) Cuestiones generales

La responsabilidad del principal no depende del tipo de relación contractual que le una con el auxiliar sino de la obligación de seguir instrucciones que pese sobre éste.¹⁵¹ Ese estado de dependencia o subordinación existe normalmente si el principal tiene la potestad de impartir instrucciones. También, y por esta razón, del mismo modo que las personas obligadas a

149 Vide Galand-Carval, *Comparative Report*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., nm. 41 y ss, p. 300 y ss y los correspondientes informes de los países respectivos contenidos en ese volumen. Vide también von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. I, nm. 179 y ss, p. 198 y ss y del mismo autor, *Vicarious Liability*, en Arthur S. Hartkamp [et al.], *Towards a European Civil Code*, 2nd ed., Nijmegen [etc.] / The Hague, Ars Aequi Libri [etc.] Kluwer Law International, 1998, p. 431-447.

150 Vide, en este sentido Comentario al art. VI.-3:201 DCFR, p. 3457.

151 Vide von Bar, *The Common European Law of Torts*, cit., vol. I, nm. 191, p. 207-208.

acatar instrucciones de otra pueden ser consideradas como sus “auxiliares”, las personas que tienen la potestad de impartirlas pueden ser calificadas como “principales”. La simple posibilidad de impartir instrucciones a otra persona es suficiente para probar que la persona que las imparte es “principal” de la persona que deba acatarlas o “auxiliar”.¹⁵²

Entre los posibles índices para detectar la relación de dependencia cabe señalar los siguientes: (a) el grado de control que el principal ejerce sobre las tareas del auxiliar, (b) si el principal, además de indicar qué tareas debe desempeñar el auxiliar puede especificar cómo debe llevarlas a cabo; (c) si quien proporciona el material, el instrumental, las herramientas o las instalaciones que utiliza el auxiliar en el desempeño de su actividad es el principal o el propio auxiliar; (d) si el tipo de tarea que lleva a cabo el auxiliar forma parte de la actividad profesional, comercial o empresarial habitual del principal; (e) si el tipo de actividad está sujeta habitualmente a la dirección del principal o si, por el contrario, se realiza sin su supervisión; (f) si el auxiliar se dedica habitualmente a la actividad encargada, y si lo hace por cuenta propia o ajena; (g) las habilidades requeridas al auxiliar; (h) el tipo de relación existente entre principal y auxiliar, su contenido y duración; (j) si la relación tiene naturaleza contractual, de qué tipo de contrato se trata; (k) si el auxiliar recibe una retribución y si ésta se presta por actividad realizada o por tiempo trabajado; (l) si las aportaciones a la Seguridad Social y otros pagos a la Administración las lleva a cabo el principal o el auxiliar, etc.¹⁵³

(ii) En especial, el caso de los “empleados cedidos”

La cuestión de quien tiene el poder efectivo de impartir instrucciones en una situación concreta se convierte en algo fundamental en los casos de trabajadores cedidos (los llamados *borrowed employees*), es decir, de aquellos que su empresario cede temporalmente a otro para que lleven a cabo una determinada tarea.

Uno de los ejemplos más típicos es el de los estibadores que desempeñan su actividad en empresas portuarias y son cedidos de una empresa a otra¹⁵⁴. Si durante la realización de esa tarea los trabajadores cedidos cau-

152 En este sentido von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. I, nm. 191 y 192, p. 207 y ss.

153 Así, American Law Institute, *Restatement of the Law of Third. Agency*, vol. 2, cit., Comm. f) Sec. 7.07, p. 211. En general, Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, West, 2000, vol. 2, p. 917. En el Derecho inglés, Rogers, *Winfield & Jollowicz On Tort*, 18th., cit., p. 951.

154 Vide, entre otras, SSTS 28.2.1983 (RJ 1983\1083) y 20.5.1986 (RJ 1986\2772). En el Derecho

san daños, deberá determinarse si la responsabilidad por hecho ajeno debe imputarse al empresario cedente o al cesionario. El criterio más habitual para resolver esa cuestión en el ámbito comparado es, precisamente, hacer responder al empresario que retenga el poder efectivo de impartir instrucciones, si bien en algunos ordenamientos jurídicos se parte de la presunción *iuris tantum* de la responsabilidad del empresario cedente, quien, para exonerarse, deberá demostrar que ha transmitido al empresario cesionario el poder efectivo de sujetar el auxiliar a sus instrucciones.¹⁵⁵

Cuando el Tribunal Supremo español examina estos casos para discernir qué empresa tenía la condición de principal, intenta determinar cuál de ellas ejercía la dirección y el control efectivo sobre la actividad del trabajador. Como señala la STS 9.7.2001 (RJ 2001\5001), “la jurisprudencia de esta Sala ha declarado uniforme y reiteradamente, que la empresa responde en virtud de lo dispuesto en el art. 1903, párrafo 4º, Cód. Civ., del daño causado a terceros por sus trabajadores en virtud de una culpa «in vigilando» o «in eligendo», siempre que el trabajador esté sometido a las órdenes, o instrucciones de dicha empresa, o vigilancia de su actividad laboral, y que tal responsabilidad es directa, no subsidiaria de la del trabajador”. En la mayoría de ocasiones ello comporta hacer responder a la cesionaria¹⁵⁶, con el argumento de que la cedente “carecía de las facultades de dirección y control de la actividad a desempeñar por el trabajador” (STS 9.7.2001 [RJ 2001\5001]). En otras sentencias, no obstante, el Tribunal ha preferido la condena solidaria de ambas empresas (cf. SSTS 28.2.1983 [RJ 1983\1083] y 12.12.1988 [RJ 1988\9427]).

En el contexto comparado, la regla de la solidaridad entre empresario cedente y cesionario es minoritaria¹⁵⁷. También es muy excepcional la solución

inglés un número considerable de casos en materia de empleados cedidos se refiere también a los daños causados por estibadores portuarios cedidos a otras empresas. Así, por ejemplo, el *leading case Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd.* [1947] A. C. 1.

155 Galand-Carval, *Comparative Report*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., nm. 48, p. 303.

156 Solución que se encuentra, por ejemplo, en las SSTS 28.2.1983 (RJ 1983\1083); 20.5.1986 (RJ 1986\2772); 12.12.1988 (RJ 1988\9427) y 9.7.2001 (RJ 2001\5001). En la doctrina española defiende esta posición Pedro Zelaya Etcheagaray, *La responsabilidad civil del empresario*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 315.

157 Vide Galand-Carval *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303, quien menciona algunos Estados norteamericanos, Países Bajos –con excepciones- y España. En relación con los Estados Unidos, vide con más detalle, Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 930-931.

que atribuye automáticamente la responsabilidad al empresario cesionario¹⁵⁸.

(cc) El caso del contratista independiente

La solución mayoritaria en el contexto europeo excluye la responsabilidad del comitente por los daños causados por el contratista independiente, es decir, aquel que actúa sin estar sujeto al control directo del principal que se beneficia de su actividad¹⁵⁹. La razón de dicha exclusión se halla en el hecho de que la relación existente entre ellos no genera el vínculo de subordinación que determina la aplicación del régimen de responsabilidad vicaria entre principal y auxiliar.¹⁶⁰ La relación entre el comitente y el contratista independiente es de igualdad, ya que al cumplir su encargo éste toma sus propias decisiones y actúa de modo autónomo de acuerdo con su propio criterio.

La doctrina del contratista independiente también se recoge en los distintos proyectos de armonización y la solución que proponen coincide en la exoneración del comitente. Así, el art. 6:102 (2) PETL señala que “El contratista independiente no se considera auxiliar a los efectos de este artículo”, y los comentarios añaden que “parecería injusto imponer la responsabilidad al demandado cuando éste no tiene ningún tipo de control sobre el agente que se comporta de manera ilícita ni sobre la manera en que éste ejecuta sus trabajos”¹⁶¹. Por otra parte, aunque el texto del art. VI.-3:201 DCFR no se refiere expresamente al contratista independiente, el comentario núm. 7 al precepto indica que “de conformidad con los ordenamientos jurídicos de casi todos los Estados miembros, el precepto no establece ninguna responsabilidad para los (sub-)contratistas independientes y sus operarios”¹⁶².

Estos planteamientos encajan con la posición de la jurisprudencia española que, de forma reiterada, rechaza hacer responder al comitente por los daños causados por el contratista independiente al declarar que la responsabilidad debe recaer exclusivamente sobre el “contratista indepen-

158 Vide Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 931-932.

159 Vide von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., nm. 200, p. 216; Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 306.

160 Moréteau, Com. Art. 6:102 PETL, cit., nm. 9, p. 163.

161 Moréteau, Com. art. 6:102 PETL, cit., nm. 9, p. 163.

162 Com. Art. VI 3:201 DCFR, nm. 7, p. 634.

diente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista” (SSTS 8.5.1999 [RJ 1999\3101]; 1.10.2008 [RJ 2009\134]).

Cuestión distinta es que el comitente pueda acabar respondiendo con base en otros fundamentos, como por ejemplo los llamados “deberes indelegables” (*non-delegable duties*), que surgen cuando se considera que el comitente ha de soportar los riesgos que derivan de determinadas situaciones o actividades, sin que pueda exonerarse de ellos por el hecho de haber designado un contratista independiente o probado que éste ha sido seleccionado de modo diligente¹⁶³. O bien cuando se demuestra la negligencia del comitente en la selección de los contratistas independientes, o cuando se demuestra el incumplimiento de ciertos deberes residuales de vigilancia general que recaen sobre el comitente, que no tienen que ver con la relación de dependencia del art. 1903 CC sino con la infracción de diligencia del art. 1902 CC. Como han reconocido la doctrina española¹⁶⁴ y la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo¹⁶⁵, extramuros del régimen de responsabilidad por hecho ajeno existen determinados deberes de diligencia de los que no puede sustraerse quien encarga una gestión a otro aunque no exista relación de dependencia y, en estos casos, el comitente responde por hecho propio ex art. 1902 CC.

(dd) *El auxiliar aparente*

El derecho angloamericano ha desarrollado un criterio adicional dirigido a apreciar la responsabilidad del comitente o del principal ante determinadas situaciones. Se trata de la llamada “*doctrina de la apariencia*”,

163 Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 18th., cit., p. 979 y ss. Constituyen “deberes indelegables”, determinadas actividades establecidas en leyes especiales o identificadas por la jurisprudencia como, por ejemplo, la realización de obras públicas en carreteras; de obras en una finca que causan daños en la estructura de la finca vecina; los deberes del ocupante de una finca en relación con quienes entran en ella con autorización; los daños causados con motivo de actividades especialmente peligrosas; las actividades que están sujetas a un régimen de responsabilidad objetiva, etc. Para un listado ejemplificativo vide también Alastair Mullis / Ken Oliphant, *Torts*, 3th., Houndmills, Palgrave Macmillan, 2003, p. 351-352; Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 920

164 José M^a Miquel González, *Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente*, ADC 1983/III, p. 1506 y ss; Javier Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 239; Miquel Martín-Casals / Josep Solé Feliu, *Comentario a la STS de 18 de julio de 2005 (RJ 2005, 9251)*, en CC/JC Octubre/Diciembre 2006, núm. 72, p. 1275y ss. También se dan casos parecidos en Derecho alemán, vide por todos Gerhard Wagner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band. 5: *Schuldrecht. Besonderer Teil III*, 4. Aufl., München, Beck, 2004, Rdn. 12, p. 2007.

165 SSTS 18.7.2005 [RJ 2005\9251]; 3.4.2006 [RJ 2006\1871]; 1.10.2008 [RJ 2009\134].

que puede referirse tanto a aquellos supuestos en los que alguien aparenta ser auxiliar sin serlo, como a aquellos otros en los que el auxiliar actúa extralimitándose en las funciones encomendadas.¹⁶⁶ Dicha doctrina, bajo alguna de sus distintas formas —*ostensible agency, apparent authority o agency by estoppel*— ha servido, por ejemplo, para condenar a un hospital por los daños causados por los médicos del servicio de urgencias, cuando tal servicio había sido encomendado a un grupo de médicos que en realidad eran contratistas independientes, y el hospital había creado la apariencia de que el servicio de urgencias era atendido por personal del hospital. Lo mismo ha ocurrido con otros servicios ejecutados por médicos actuando en calidad de contratistas independientes, como rayos X, servicios de anestesia, etc.¹⁶⁷

De un modo parecido, el art 1386-10 de la Proposición francesa establece que el principal responde por los daños causados por su auxiliar a menos que, entre otros extremos, pruebe que el auxiliar ha actuado fuera del ámbito de las funciones encomendadas *o que la víctima no pudo creer legítimamente que el auxiliar actuaba por cuenta del principal*¹⁶⁸.

En el Derecho español, la doctrina de la apariencia ha sido recogida recientemente en la jurisprudencia relativa a la responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por los daños causados por los médicos y profesionales pertenecientes al cuadro médico de la entidad o por los hospitales concertados cuando la entidad ha creado la apariencia de que éstos eran auxiliares suyos que prestaban servicios con sujeción de dependencia. Así, por ejemplo, la importantísima STS 4.12.2007 ([RJ 2008\251]) se refiere a la doctrina de la apariencia, tanto a la relativa a la actuación de la entidad que crea la apariencia de que facultativos y centros hospitalarios actúan como dependientes suyos, como a la creada por la publicidad, de base contractual, y que se incorporaría en el contenido del contrato de acuerdo con lo dispuesto por el art. 8 LGDCU (actual art. 61 TRLGDCU).

Más tradición tiene en nuestra jurisprudencia la doctrina de la apa-

166 Vide Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 926 y ss. Vide *Restatement (Third) Agency*, cit., § 2.03, Com. a y b, p. 113 y ss.

167 Cf. Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 669, 676 y 928.

168 «Art. 1386-10. – Le commettant est responsable des dommages causés par son préposé, à moins qu'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions, ou qu'il établisse que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant».

riencia referida a la responsabilidad del principal por los hechos cometidos por un dependiente con abuso de sus funciones. Aquí la responsabilidad del principal se funda en el hecho de que, de acuerdo con las reglas de la buena fe, el agente “aparentaba” actuar dentro del ámbito de las funciones encomendadas, o a la inversa, se rechaza la responsabilidad del principal porque, de acuerdo con las reglas de la apariencia y de la buena fe, la víctima del daño pudo conocer que el agente actuaba al margen de aquellas funciones. Así, por ejemplo, la STS, 2ª, 28.4.1969 [RJ 1969\2457], en relación con un delito de estafa cometido por el dependiente de una compañía que cobró en beneficio propio un cheque emitido por un cliente del principal, no extendió la responsabilidad al principal al entender que la víctima “no puede ampararse en una situación de apariencia jurídica, asegurando creer de buena fe, que el delincuente obraba como servidor de la empresa a que estaba ligado”.¹⁶⁹ La creación de la apariencia, pues, ha de venir acompañada de la buena fe por parte de la víctima, de tal modo que no responderá el principal si ésta hubiera podido conocer razonablemente que el auxiliar actuaba con total desvinculación de las funciones encomendadas (STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828]) y sí responderá en caso inverso (SSTS 22.6.1989 [RJ 1989\4776]; 1.3.1990 [RJ 1990\1656]; 15.7.2008 [RJ 2008\4479]).

(ee) La actuación del auxiliar en el ámbito de las tareas encomendadas

La cuestión de cuál deba ser la relación existente entre el acto ilícito del auxiliar y las tareas que el principal le ha encomendado para que proceda la responsabilidad de este último es una de las más importantes y difíciles que se plantea en todos los ordenamientos jurídicos. Este elemento adquiere todavía más importancia cuando la responsabilidad por hecho ajeno es vicaria, ya que se convierte entonces en la principal vía para permitir la exoneración del principal.

Un primer grupo de ordenamientos (por ejemplo, en Alemania, Ingla-

¹⁶⁹ Más recientemente, de un modo parecido, la STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828]) relativa a la firma de conformidad de unos cheques por el director de una sucursal bancaria contra una cuenta corriente sin fondos de la que él mismo era titular, cuando la dirección de la entidad ya había advertido al cliente que la firma no estaba autorizada y que el director de la sucursal se había excedido en sus funciones. Sobre estos temas vide también, entre otras, las SSTS, 2ª, 21.11.1991 [RJ 1991\8442]; 2ª, 12.5.1992 [RJ 1992\3869] y, en la doctrina, Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 269; Pedro Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 99 y ss; Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 326-328..

terra, Polonia y Suiza) considera que la línea divisoria puede trazarse distinguiendo, por un lado, entre el modo inapropiado de llevar a cabo la tarea encomendada (lo que incluye desobedecer las instrucciones, la actuación negligente e incluso la intención dolosa de causar daño), que responsabilizaría al principal y, por otro, aprovechar la ocasión que brinda el empleo o relación de subordinación para causar el daño. Así, por ejemplo, en Inglaterra se afirma que la compañía que emplea personas dedicadas a la limpieza de oficinas responde por los daños causados por el empleado que, infringiendo las instrucciones recibidas, usa productos corrosivos para llevar a cabo la limpieza, pero que no responde, en cambio, por las llamadas telefónicas de larga distancia que lleva acabo el auxiliar desde las oficinas que debe limpiar.¹⁷⁰

Para un segundo grupo (que incluye, entre otros, Estados Unidos, Israel o Sudáfrica) el criterio decisivo parece ser la intención que ha movido a actuar al auxiliar, es decir, si la intención era la de favorecer los intereses del principal, caso en el que la actuación todavía se encontraría dentro del ejercicio de sus funciones, o si era puramente personal, caso en que quedaría fuera del ámbito del ejercicio de las mismas.¹⁷¹

Finalmente, en un tercer grupo (con países como Francia o Italia), el enfoque es mucho más amplio y el principal deberá responder siempre que el acto del auxiliar esté objetivamente relacionado con el trabajo que desempeña, incluso si el motivo que mueve a actuar al auxiliar es puramente personal.¹⁷²

Este último criterio, que no excluye la responsabilidad del principal cuando el auxiliar actúa al margen de las funciones encomendadas, pero “con ocasión de éstas” es también el seguido en España¹⁷³. Por esta razón la responsabilidad del principal no ha de quedar excluida por el simple hecho de que su actuación haya tenido lugar fuera del horario de trabajo o de las instalaciones del principal, o haya implicado contravenir una orden o prohibición de éste.¹⁷⁴ Nuestra jurisprudencia recoge multitud de casos en que

170 Cf. Rogers, *Liability for Damage by Others in English Law*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., nm 19, p. 69.

171 Vide por todos Galand-Carval, *Comparative Report*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., nm. 45, p. 301 y allí más referencias.

172 Galand-Carval, *ibidem*, p. 301-302.

173 Para Francia vide Galand-Carval, *Liability for Damage Caused by Others under French Law*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 94. En relación con España, Miquel Martín-Casals/José Solé Feliu, *Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 243 y allí más referencias.

174 Para el Derecho español vide Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil, contractual*

a pesar de producirse la actuación del auxiliar fuera del horario de trabajo y contraviniendo las órdenes del principal se determina la responsabilidad de éste, y casos en los que se da la situación inversa¹⁷⁵. Recientemente la STS 14.5.2010 (RJ 2010\3493) ha declarado que “los daños susceptibles de generar una responsabilidad civil no se han de producir necesariamente dentro del ámbito espacial concreto y delimitado del empleador, sino también en lugares donde se proyecten los deberes de vigilancia y atención”.

En cambio parece claro que la responsabilidad del principal deberá excluirse siempre que la actuación dañosa del auxiliar se produzca en un contexto estrictamente personal o con finalidades exclusivamente particulares (cf., entre otras, SSTS 10.10.2007 [RJ 2007\6813] –daño causado por la agresión de un jugador de básquet cuando, al no haberse acogido al transporte organizado por el club, abandonaba un hotel por su propia cuenta– y 6.5.2009 [RJ 2009\2914] –daño causado por un empleado de Telefónica cuando, sin ninguna vinculación con las tareas de la empresa, transportaba a su familia en un vehículo propiedad de la misma).¹⁷⁶

(ff) La culpa del auxiliar

La responsabilidad por los auxiliares requiere, de acuerdo con los Principios, que “éstos hayan violado el estándar de conducta exigible” (cf. Art. 6:102 (1) *in fine* PETL) ya que, como se ha señalado, aunque se trate de un supuesto de responsabilidad vicaria, éste es uno de los posibles casos de responsabilidad por hecho ajeno, no un supuesto de responsabilidad objetiva. De un modo parecido, el art. VI.- 3:201(1) DCFR también permite extender la responsabilidad al principal cuando el auxiliar haya causado el daño “dolosa o negligentemente”, aunque el alcance de la regla pueda ser más amplio, en la medida en que la responsabilidad del principal abarca también los casos en que el auxiliar “sea imputable de otro modo por haber causado el daño” (*otherwise accountable for the causation of the damage*).

La necesidad de que exista la culpa del auxiliar plantea algunas cuestiones, bien conocidas por la doctrina y la jurisprudencia españolas, que en

y *extracontractual*, cit., p. 271-272 y para el francés Viney / Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, a Ghestin (Dir.), *Traité de Droit Civil*, 3ème., cit., n. 799 y ss, p. 995 y ss.

175 Para un análisis exhaustivo de la casuística jurisprudencial, vide Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario*, cit., p. 439 a 552.

176 Sobre esta y otras sentencias, vide con más detalle, Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, cit. (en prensa).

el ámbito comparado suelen resolverse mayoritariamente del mismo modo.

La primera cuestión es si resulta imprescindible identificar el concreto auxiliar causante del daño, cuando resulta probado que el daño ha sido causado por uno de los auxiliares del principal, sin que pueda determinarse cuál. La mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos considera que la individualización no es imprescindible¹⁷⁷, y la misma posición adopta nuestra Tribunal Supremo (cf. STSS 9.6.1998 [RJ 1998\3717] y 11.11.2002 [RJ 2002\9640]). La misma solución defienden los PETL al señalar, en el comentario al art. 6:102, que el precepto utiliza el plural (“auxiliares”) “para indicar que no es necesario identificar al empleado que individualmente haya actuado, sino que basta con llegar a establecer que era parte del personal al servicio del empleador”¹⁷⁸.

Una segunda cuestión es si resulta necesario demandar conjuntamente al principal y al auxiliar y en este caso, la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos¹⁷⁹, como en el caso de la doctrina¹⁸⁰ y la jurisprudencia¹⁸¹ españolas, opta también por la respuesta negativa.

Más discutible es la cuestión de si el principal ha de responder por los daños causados por la conducta “objetivamente negligente” de un auxiliar. Esa parece ser la posición más extendida en Europa¹⁸², y es también la que sostiene los comentarios al art. VI.- 3:201 DCFR al señalar que “la incapacidad mental exonera personalmente al auxiliar (...) pero no al principal”¹⁸³.

C) RESPONSABILIDAD DEL AUXILIAR Y LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

En los debates sobre la reforma de la responsabilidad del principal por los hechos de sus auxiliares se plantea a menudo si debe establecerse algún tipo de inmunidad en beneficio del auxiliar parecido a la que existe en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas

177 Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303, quien afirma que, en el fondo, esta solución marca un camino claro hacia una auténtica responsabilidad por riesgo empresarial. Vide también von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., nm. 193, p. 211.

178 Moréteau, Com. art. 6:102 PETL, cit., nm. 6, p. 162-163.

179 Para las referencias vide von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., nm. 193, p. 210.

180 Entre otros, vide Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 336.

181 SSTS 8.5.1991 (RJ 1991\3618) y 12.2.1996 (RJ 1996\869).

182 Para las referencias, vide von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., nm. 196, p. 213.

183 Com. Art.- VI 3:201 DCFR, nm. 12, p. 637.

en relación con los actos dañosos del personal a su servicio¹⁸⁴.

Si existiera dicha inmunidad, la víctima sólo podría dirigirse contra el principal quien, después de pagar la indemnización correspondiente, sólo podría dirigir su acción de repetición contra el auxiliar cuando éste hubiera incurrido en dolo o negligencia grave. Si bien sólo el Código civil holandés (cf. art. 6:170 (3) BW) y algunas normas de los países escandinavos llegan a ese resultado mediante normas de responsabilidad civil, en otros países se llega al mismo resultado práctico mediante normas laborales o de seguros. Así, por ejemplo, en Austria y Bélgica la legislación laboral impide la acción de regreso del empresario contra el trabajador, a menos que éste haya incurrido en dolo o negligencia grave y en Polonia esa acción de regreso se da en todos los supuestos de actuación no dolosa del empleado y se limita al triple de su salario mensual. Por su parte, la legislación de seguros francesa impide que el asegurador del empresario pueda ejercer la acción de regreso contra el empleado.¹⁸⁵

El rechazo a dicha inmunidad propugna, en cambio, que el auxiliar sea, en todos los casos, solidariamente responsable con el principal y que quien haya satisfecho la indemnización a la víctima disponga de una acción de repetición contra el otro, en la que se tendrá en cuenta –ya en la relación interna– el respectivo grado de culpa o de contribución en la causación del daño de cada uno de ellos. Esta es la opción mayoritaria en el ámbito comparado¹⁸⁶, y es también la que resulta del art. 9:101 (c) PETL¹⁸⁷ y la que propone el Comentario del art. VI.- 3:201 DCFR¹⁸⁸

Respecto a la acción de repetición del principal contra el auxiliar conviene destacar que ni en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno ni en los PETL¹⁸⁹ ni en el DCFR se vincula la existencia o inexistencia de la acción al hecho de que la responsabilidad del principal sea vicaria o

184 Cf. art. 154.1 y 2, Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

185 Galand-Carval, *Comparative Report*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., nm. 52 y ss, p. 304-305, allí más referencias y von Bar, *Vicarious Liability*, en Hartkamp [et al.], *Towards a European Civil Code*, cit., p. 446-447.

186 Entre otros, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 31.

187 Vide con más detalle Martín-Casals, *La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)*, en Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 513 y ss.

188 Cf. Com. art. VI.- 3:201 DCFR, nm. 14, p. 638.

189 Vide Rogers, Com. art. 9:102 PETL, nm. 7, p. 197.

no. Más bien se distingue muy claramente lo que es la relación externa, en la que el principal puede tener que responder independientemente de que haya actuado con culpa o no, de la relación interna, en la que la culpa de éste o, incluso la actuación objetivamente negligente –o si se quiere, antijurídica– sirve de medida, junto al grado de culpa del auxiliar, de las respectivas eventuales acciones de regreso. Como señala el Comentario al Art. 9:102 PETL, en la distribución de la cuantía que en la relación interna corresponde a cada parte existe una clara similitud entre este supuesto y el de concurrencia de culpa de la víctima del Art. 8:101 (1) PETL y el simple hecho de que una parte deba responder objetivamente y la otra por culpa no determina necesariamente que el primero deba recobrar del segundo todo lo que haya pagado.¹⁹⁰

D) BREVE APUNTE SOBRE LA LLAMADA “RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DEFECTOS ORGANIZATIVOS”

Una última cuestión que debe plantearse en este contexto es si sería conveniente, junto a la responsabilidad vicaria de los auxiliares, establecer en Derecho español algún precepto específico relativo a la responsabilidad de los empresarios por defectos organizativos de la empresa¹⁹¹, de un modo parecido a como lo hacen los PETL, al disponer que:

Art. 4:202. Responsabilidad de la empresa

(1) *La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible.*

(2) *“Defecto” es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios.*

Sin poder entrar en detalle en esta cuestión, no parece que un precepto de ese tipo sea ni necesario ni conveniente en una reforma del Derecho español de la responsabilidad extracontractual por las razones siguientes:

(1) La responsabilidad empresarial por defectos organizativos, como

¹⁹⁰ Vide Rogers, *ibidem*.

¹⁹¹ Sobre este tema, vide con más detalle Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, cit.(en prensa).

se ha señalado, ha sido la vía utilizada en algunos países europeos para superar los déficits tradicionales de la responsabilidad por culpa presunta del empresario. La jurisprudencia española, en cambio, ha optado por la vía de la flexibilización de los requisitos establecidos por el art. 1903 CC, cuando no por la ficción de su cumplimiento (en especial, en relación con el art. 1903 VI CC).

(2) Algunos de esos déficits quedarían cubiertos por una regulación de la responsabilidad del principal por los hechos de sus auxiliares que optara decididamente por la responsabilidad vicaria y que permitiera una aplicación flexible de sus requisitos, en la línea admitida actualmente y, en especial, que mantuviera el criterio de que no es imprescindible identificar al concreto auxiliar negligente para que deba responder el principal

(3) En nuestro ordenamiento, además, otros déficits quedarían cubiertos por los preceptos que ya establecen la responsabilidad objetiva de quienes llevan a cabo actividades peligrosas que, en muchos casos, son actividades realizadas por empresarios o en el marco empresarial. Aunque su ámbito práctico de aplicación es más bien reducido, la introducción como cláusula de cierre de una cláusula general de responsabilidad objetiva como la prevista por el art. 5:101 PETL, en caso de considerarse conveniente, reforzaría esa protección.

Atención especial merece en el ámbito de la responsabilidad objetiva la responsabilidad por productos defectuosos, ya que el art. 4:202 PETL, que también se refiere a los *outputs* de una empresa (“lo que en ella se produzca”), como reconoce el mismo Comentario a los PETL,¹⁹² no puede implementarse actualmente en ningún país europeo por ser contrario a la Directiva de productos que, como es bien sabido, no establece un régimen de responsabilidad por culpa presunta sino un régimen de responsabilidad objetiva del fabricante.

(4) Además, nuestro Ordenamiento cuenta con el art. 148 TRLGDCU (el antiguo art. 28 LGDCU), que si bien podrán invocar “consumidores y usuarios”, no deberán estar necesariamente ligados con el causante del daño mediante un vínculo contractual, por lo que dicho precepto es aplicable al ámbito extracontractual. Además, la nueva redacción dada por el refundidor ha incrementado la enumeración ejemplificativa de supuestos a los que se aplica, lo que es indicativo, porque supone una mayor voluntad

192 Cf. Koch, Com. Art. 4:202 PETL, nm. 3, p. 135.

de aplicación, pero que no es obstáculo para que se aplique el precepto a supuestos no previstos expresamente siempre que se den los requisitos generales que establece en su primer apartado. Por ello, esta disposición puede cubrir, al menos en parte, el vacío que dejó la jamás aprobada Directiva de servicios¹⁹³, con lo que la finalidad perseguida por el art. 4:202 PETL¹⁹⁴ pierde bastante sentido en nuestro Ordenamiento.

(5) Finalmente, además del refuerzo que supone la responsabilidad vicaria, los supuestos de responsabilidad objetiva y una eventual cláusula general de responsabilidad objetiva al estilo del art. 5:101 PETL, debe tenerse presente que lo que pretende conseguir la introducción de un régimen de responsabilidad de la empresa por culpa presunta al estilo del art. 4:202 PETL no es otra cosa que la inversión de la carga de la prueba de la culpa. Ello es algo que ya la lleva a cabo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los casos de “riesgos extraordinarios” (SSTS 2.3.2006 [RJ 2006\5508]; 22.2.2007 [RJ 2007\1520]; 5.5.2008 [RJ 2008\2947]), a través del principio de la “facilidad probatoria”, supuesto que tal vez tendría que recogerse explícitamente en el texto articulado de una nueva regulación española de un modo análogo a como hace el art. 4:201 PETL¹⁹⁵.

B) LA RESPONSABILIDAD POR LOS MENORES Y DISCAPACITADOS

A) POSIBLES MODELOS DE REGULACIÓN

Con relación a los menores los modelos que nos proporciona el Derecho comparado son muy diferentes entre sí:

a) *Falta de reglas específicas*: En el Derecho angloamericano la responsabilidad de los padres por los hijos (o en general, de personas que tienen el deber de velar por los menores) no se vincula a una relación de Derecho de familia o de protección de menores y, por tanto, no constituye un supuesto específico. Estas personas responden si han sido negligentes en la vigilancia del menor, pero como en cualquier caso en que hubieran

193 *Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad de los proveedores de servicios*, COM (1990) 482 final, (DO) C 12, 18.1.1991, p.8 y ss.

194 Como se afirma en Koch, Com. Art. 4:202 PETL, nm. 3, p. 135.

195 Art. 4:201. *Inversión de la carga de la prueba de la culpa en general*. (1) Puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta. (2) La gravedad del peligro se determina de acuerdo con la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse así como con la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente.

infringido un *duty of care* respecto de un extraño.¹⁹⁶ El Derecho inglés es reacio a imponer responsabilidad por hecho ajeno y, aunque esa responsabilidad tal vez podría justificarse más fácilmente en el contexto de las relaciones paterno-filiales que en otros casos, los tribunales suelen emplear una serie de instrumentos para limitarla como, por ejemplo, aplicar un criterio más favorable a los padres respecto a la previsibilidad del daño o respecto a los deberes de cuidado frente a terceros, o tener en cuenta si conocían la participación del menor en actividades peligrosas o el carácter conflictivo del mismo.¹⁹⁷

b) *Responsabilidad por culpa (presunta)*: En una posición intermedia nos encontramos con ordenamientos jurídicos como el alemán (§ 832 BGB), belga, (art. 1384.5 CCB), italiano (arts. 2047 y 2048 cc), portugués (art. 491 CCP) o checo (arts. 420 y 422 CCC), que establecen un sistema de responsabilidad por culpa presunta. Se presume la culpa de la persona que debe responder por el menor, pero se le permite efectivamente probar que ha actuado con la diligencia debida y así liberarse. En algunos pocos casos, como en Austria o en Suecia, la culpa de la persona que debe responder por el menor no se presume sino que la debe probar el demandante¹⁹⁸.

c) *Responsabilidad vicaria*: En el otro extremo encontramos el Derecho francés, con una jurisprudencia que ahora la Proposición de Ley presentada quiere, a la vez, consolidar y perfeccionar: los padres (tutores y personas físicas o jurídicas encargadas de velar por el menor) responderán objetivamente (*de plein droit*, dice la Proposición¹⁹⁹), aunque en la terminología que aquí se defiende, responderán “vicariamente”, y no “objetivamente” como en la actualidad. A diferencia de los criterios jurisprudenciales actualmente en vigor, en donde para nada se tiene en cuenta la naturaleza de la conducta del menor y de acuerdo con los cuales, como ya

196 Cf. Ken Oliphant, *Children as Tortfeasors under the Law of England and Wales*, en Miquel Martín-Casals (Ed.), *Children in Tort Law. Part I: Children as Tortfeasors*, Wien / New York, Springer, 2006, nm. 31, p. 161

197 Vide Claire McIVOR, *Third Party Liability in Tort*, Oxford/Portland: Hart, 2006, p. 24 y ss.

198 Vide con más detalle Miquel Martín-Casals, *Comparative Report*, en Martín-Casals (Ed.), *Children in Tort Law. Part I*, cit., nm. 72 y ss, p. 443 y ss.

199 «Art. 1386-7. – Sont responsables de plein droit des dommages causés par un enfant mineur :

« 1° Ses père et mère en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ;

« 2° Son tuteur, en cas de décès de ceux-ci ;

« 3° Les personnes physiques ou morales chargées, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler son mode de vie.

« La responsabilité mentionnée à l'alinéa précédent peut se cumuler avec celle des parents ou du tuteur”.

se ha señalado, se puede afirmar que los padres responden objetivamente de los daños causados por sus hijos del mismo modo que de los causados por sus animales, la regulación propuesta requerirá, como en todos los casos de responsabilidad por hecho ajeno, que quien actúa directamente, en este caso el menor, haya hecho algo “mal”, es decir, que su conducta haya sido negligente o, al menos “objetivamente negligente”.²⁰⁰

En este mismo sentido, la práctica jurisprudencial española se ha alejado del modelo de responsabilidad por culpa presunta, que establece el tenor literal del Código Civil (cf. art. 1903 VI), al no permitir que los padres puedan demostrar que han actuado con la diligencia debida (cf. p. ej. la STS 8.3.2006 [RJ 2006\1076] y el caso especialmente dramático de la STS 10.11.2006 [RJ 2006\7170]). Con ello, el régimen español actual se aproxima en la práctica a un auténtico modelo de responsabilidad vicaria.

d) *Combinación de los modelos anteriores*: Finalmente, en el ámbito comparado el Código Civil holandés ofrece un ejemplo único de combinación de los tres modelos en función de la edad del menor: los padres holandeses responden como los franceses cuando sus hijos tienen menos de 14 años (modelo [c]), como los alemanes cuando tienen entre 14 y 16 (culpa presunta, dentro del modelo [b]) y como los ingleses cuando tienen más de 16 (modelo [a]) (cf. art. 6:169 BW)²⁰¹.

B) MODELO PREFERIBLE: LA RESPONSABILIDAD POR CULPA PRESUNTA DE LOS PADRES

Los PETL han seguido en este caso el modelo de responsabilidad por culpa presunta (cf. art. 6:101 PETL) y que, después de muchas dudas y con ulteriores matizaciones, también es el que finalmente ha adoptado el DCFR para menores de menos de 14 años (cf. art. VI.- 3:104 (1) en relación con el apartado (3)), si bien parece que a partir de los 14 años se debería demostrar la culpa del progenitor.

En ambos casos, este tratamiento se justifica en el hecho de que el control que padres y tutores ejercen sobre sus hijos menores o pupilos no es en beneficio propio, sino en beneficio de éstos y, más en general, en

200 «Art. 1386-11. – Les personnes mentionnées aux articles 1386-7 à 1386-10 ne peuvent voir leur responsabilité engagée du fait des personnes dont elles doivent répondre qu’à condition que soit rapportée la preuve d’un fait qui serait de nature à engager la responsabilité de l’auteur direct du dommage». Vide comentario a dicha disposición en *Proposition de Loi*, cit., p. 5

201 Vide Willem H. van Boom, *Children as Tortfeasors under Dutch Law*, en Martín-Casals (Ed.), *Children in Tort Law. Part I*, cit, nm. 10 y ss, p. 296 y ss., y Matthias Haentjens / Edgar du Perron, *Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law*, en Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., nm. 8 y ss, p. 173 y ss,

beneficio de la sociedad en su conjunto, ya que es la sociedad en su conjunto quien se beneficia del mantenimiento de un ciclo reproductivo que corre a cargo de aquellos que deciden tener hijos y asumir las tareas de su crianza²⁰². Los Comentarios del DCFR van más allá y señalan que “la protección de la familia, desde el punto de vista de los derechos fundamentales prohíbe socializar las ventajas que comportan los hijos y privatizar las consecuencias negativas”²⁰³. Estas diferencias justificarían someter a los empresarios a un régimen de responsabilidad más estricto y a padres y tutores a uno más moderado.

De todos modos, como que el modelo de la culpa presunta presupone la posibilidad de que el padre o persona que responde por el menor pueda liberarse, significa también que puedan darse casos en que (a) quien responde es únicamente el menor (quien, probablemente, será insolvente) o bien (b) si el menor es civilmente inimputable, no responda nadie.

En el primer caso, la consecuencia no es de tipo extraordinario: si el menor imputable y único responsable es insolvente, como un adulto insolvente, responderá a pesar de todo con sus bienes futuros.

En el segundo caso, guste o no a la víctima, la consecuencia es coherente con un sistema de responsabilidad extracontractual que requiere la capacidad de culpa civil. Sin embargo, en algunos ordenamientos se ha ofrecido como medida de equidad lo que se llama “responsabilidad en equidad”: el menor inimputable que haya actuado de una manera “objetivamente negligente” responderá con carácter excepcional a pesar de su inimputabilidad si así lo requiere la equidad. Esta circunstancia se dará si la víctima no puede obtener la indemnización del daño porque la persona que tenía el deber de velar por el menor no ha sido negligente y si el hecho de hacer responder en equidad al menor no le priva de los medios económicos necesarios para hacer frente a su sostenimiento, incluyendo sus eventuales deberes de sostenimiento de otras personas (cf. § 829 BGB). En la práctica la aplicación de la norma es muy excepcional y esto parece ser también lo que sucede en otros países que implícitamente (Italia: art. 2047) o explícitamente (Austria, art. 1310 ABGB y Portugal, art. 499 CC) la reconocen.²⁰⁴

202 Cf. Moréteau Com Arts. 6:101 y 6:102 PETL, p. 158. Vide también Martín-Casals, *La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)*, cit., p. 500 y ss.

203 Com art. VI.- 3:104 DCFR, p. 3435.

204 Cf. Martín-Casals, *Comparative Report*, en Martín-Casals (Ed.), *Children in Tort Law. Part I*, cit, nm. 24 y ss., p. 430 y ss.

Además, esta norma abre multitud de interrogantes (qué factores entran en la valoración de equidad, qué peso tiene cada uno de ellos, si tiene relevancia o no la existencia de seguro privado o sólo la de seguro obligatorio, etc.), por lo que se puede dudar de su utilidad práctica. Los PETL no incorporan esta cláusula de equidad (cf. art. 6:101 PETL), pero sí lo hace el DCFR (cf. art. VI.-3: 103 (3) DCFR).

C) OTRAS CUESTIONES

Entre las muchas otras cuestiones que deben resolverse en una regulación sobre esta materia, y que aquí sólo pueden apuntarse, destacan las siguientes: (a) aparte de los padres y tutores, ¿Qué otras personas e instituciones deben responder por los daños causados por los menores? (b) Si, existiendo padres o tutores, el daño se produce en el ámbito de la actuación de otra persona o institución (p. ej. escuela, canguro), ¿Hay una delegación de responsabilidad de tal manera que sólo responde esta persona o se mantiene un margen, al menos residual, de responsabilidad de los padres? (c) Si se acumula la responsabilidad de los padres o tutores a la de la persona o institución en el ámbito de la cual se produce el daño, ¿Cómo se articulan las responsabilidades respectivas? (d) En el caso de escuelas privadas quien responde: ¿El maestro, el director o la empresa propietaria?; (e) en este último caso, si se desplaza el tema de la responsabilidad en la vigilancia de los menores al ámbito de la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes, ¿Hay alguna razón para excluir la acción de regreso del empresario contra el educador negligente?²⁰⁵

La Proposición francesa actualmente en trámite intenta resolver muchas de estas cuestiones, combinando el resultado de una larga y compleja trayectoria jurisprudencial, que ahora se pretende fijar en el Código civil, con las correcciones que el legislador considera ineludibles y con las innovaciones que considera necesarias.²⁰⁶

205 Vide la síntesis de esas y otras cuestiones en Martín-Casals, *Comparative Report*, en Martín-Casals (Ed.), *Children in Tort Law. Part I*, p. 441 y ss, y su tratamiento en los distintos ordenamientos jurídicos en los informes nacionales correspondientes incluidos en la misma obra.

206 Vide el art. 1386-7, donde se establece la acumulación de responsabilidades y el art. 1386-8 referido a personas mayores necesitadas de una “vigilancia especial”. Por su parte, el art. 1386-9 establece una responsabilidad simplemente presunta de aquellas personas no mencionadas en los dos artículos anteriores y que asumen profesionalmente las tareas de vigilancia de otro: «Art. 1386-9. – Les personnes non mentionnées aux articles 1386-7 et 1386-8 qui assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d’autrui, répondent du fait de l’auteur direct du dommage, à moins qu’elles ne démontrent qu’elles n’ont pas commis de faute».

Finalmente, respecto a los discapacitados psíquicos los PETL consideran que “[N]o existe ninguna razón de política jurídica o de tipo práctico para tratar de modo distinto las personas que tienen a su cargo menores y las que tienen a su cargo discapacitados psíquicos.”²⁰⁷ También en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos se aplican las mismas reglas y criterios a uno y otro caso.²⁰⁸ Lo que resulta ciertamente decisivo es si existe o no un deber de diligencia en la supervisión y si ese deber se ha infringido o no.

5. Las causas de la exoneración, en especial la concurrencia de culpa de la víctima

Una vez concurren todos los requisitos que fundamentan la responsabilidad, quien ha causado un daño a otro debe responder a menos que pueda oponer alguna causa de exoneración. Tanto los PETL como el DCFR dedican mucha atención a las causas de exoneración y, especialmente, a la concurrencia de culpa de la víctima, dado que en la práctica ésta es una de las causas de exoneración (parcial o total) más frecuente.

Algunas de las ideas básicas a tener en cuenta en la legislación sobre la materia son las siguientes:

(1) Que no podemos hablar propiamente de causas de exoneración si no concurren todos los elementos que fundamentan la responsabilidad. En este sentido decir, por ejemplo, que la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero son causas de exoneración cuando quien responde lo hace por culpa es impropio, puesto que estas circunstancias lo que impiden es, propiamente, que concorra por parte del causante del daño un elemento imprescindible para fundamentar su responsabilidad que es la culpa. En este sentido, los PETL dividen las causas de exoneración en causas de justificación (art. 7:101 PETL) y “causas de exoneración en casos de responsabilidad objetiva” (art. 7:102 PETL) e incluyen dentro de estas últimas la fuerza mayor y la conducta de un tercero (pero no la culpa exclusiva de la víctima porque, sin abandonar el criterio expuesto, hacen un tratamiento del tema por separado, cf. art. 8:101 PETL).

207 Moréteau, Com Capítulo 6 PETL, nm. 3, p. 114.

208 Cf. Galand-Carval, *Comparative Report*, en Spier, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., nm 11, p. 46.

(2) El hecho de que el DCFR incluya la discapacidad psíquica (*mental disability*, aunque el art. VI.- 5:301 DCFR habla de *mental incompetence*) dentro de las causas de exoneración no contradice ese criterio. Lo hace porque, como indica en el comentario a este artículo²⁰⁹, en Europa existen varios modelos para tratar la responsabilidad de los discapacitados psíquicos, es decir, los que son incapaces de culpa civil o tienen esta capacidad disminuida con motivo de una anomalía psíquica. A diferencia de los PETL que dan un trato uniforme a menores y discapacitados, el DCFR considera que los discapacitados responden, si bien después suaviza su responsabilidad introduciendo una causa de exoneración *sui generis*, que comporta una especie de “responsabilidad en equidad” (cf. art. VI.- 5:301 DCFR).

(3) El tratamiento que dan los PETL y el DCFR a la concurrencia de culpa de la víctima es muy parecido, y coincide también en gran medida, con el que da el *Restatement* referido a la distribución de responsabilidades (*Apportionment of Liability*).

El punto de partida en los textos europeos y en los *Restatements* estadounidenses es que la concurrencia de culpa de la víctima no es sólo un problema de “culpa”, o de “causalidad”, o de “imputación objetiva”. Cada uno de estos elementos tiene relevancia, pero se ha de añadir a todos los demás que son necesarios para fundamentar la responsabilidad que, de un modo análogo, también han de concurrir para que pueda apreciarse la concurrencia de culpa de la víctima. Por lo tanto, para que haya “concurrencia de culpa de la víctima”, apta para disminuir o excluir la responsabilidad del causante, es necesario que concurren en la víctima todos aquellos elementos que tendrían que haber concurrido para fundamentar la responsabilidad si la víctima, en vez de víctima, hubiera sido causante del daño.

Esta idea, que a primera vista puede parecer un galimatías jurídico, se expresa internacionalmente con la metáfora de la regla o principio de la “imagen en el espejo” (*mirror image rule / principle*): la culpa concurrente de la víctima está sujeta a presupuestos que son similares a los requeridos para establecer la responsabilidad del autor del daño. Esta idea del “espejo” es aceptada, tanto por el art. 8:101 PETL²¹⁰, como por el art. VI.- 5:102

209 Com. Art. VI.- 5:301 DCFR, p. 3689 y ss.

210 “El principio general establece que la exclusión o reducción de la responsabilidad está sujeta, *mutatis mutandi*, a las mismas reglas que se aplican para establecer la responsabilidad del causante del daño. En este sentido, este artículo utiliza la idea de la llamada “imagen en el espejo” como la manera más intuitiva y exhaustiva de formular el principio”. Cf. Miquel Martin-Casals, Com. Art.8:101 PETL, cit. nota1, nm.3, p. 179.

DCFR²¹¹ y la Sección 3 del *Restatement-Apportionment of Liability*²¹². Esto, significa, entre otras cosas que, aunque en el caso de la víctima no pueda hablarse de un deber de diligencia (nadie tiene el deber de ser diligente respecto a sí mismo) sino de una “carga de autoprotección”, esta causa de exoneración, como la responsabilidad por culpa, requiere que la víctima sea capaz de culpa civil, es decir, que tenga la capacidad de comprender la diferencia entre el bien y el mal y de actuar en consecuencia. El mismo requisito también es cierto en la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno, pero no en el caso español.

Como es bien sabido en las leyes generales españolas no hay una regulación de la concurrencia de culpa de la víctima. En el Código civil español algunos autores la quieren ver en el art. 1103 CC, donde no se menciona. Si se menciona, en cambio, en los arts. 114 CP y 145 TRLGDCU, pero estos preceptos no regulan todos sus efectos. Varias leyes especiales hablan “de culpa exclusiva” (art. 33.5 Ley de caza) o de “culpa de la víctima: exoneración total o parcial” (art. 45.2 Ley de Energía Nuclear), pero tampoco regulan sus efectos.

La única Ley española que se pronuncia con claridad sobre el punto de la concurrencia de culpa de la víctima inimputable es otra Ley especial: el “Anexo al Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación” (LRCSCVM), donde se dice que “Se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción de éste” (Primero, 2).

Se trata de una norma, en mi opinión, injustificadamente dura para un grupo de víctimas que son personas especialmente vulnerables. Precisamente, en el ámbito de la circulación de vehículos a motor existe una tendencia internacional consolidada que protege más a las víctimas que en otras actividades. En este sentido es paradigmática la Ley francesa conocida

211 “In essence (and apart from some exceptions mentioned below) this Article is built upon what might be called the “mirror principle”; everything which can go towards establishing accountability and thus liability on the part of one party for a legally relevant damage can (wholly or partially) reduce liability when the roles are reversed and it is the injured person’s conduct or source of danger which is under scrutiny”, Com. Art. VI.-5:102 DCFR, cit. nota 2, p. 3628.

212 The American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts - Apportionment of Liability*, §§ 1-End, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2000, “Section 3. *Ameliorative Doctrines for Defining Plaintiff’s Negligence Abolished*. The plaintiff’s negligence is defined by the applicable standard for a defendant’s negligence. Special ameliorative doctrines for defining the plaintiff’s negligence are abolished”.

como “Loi Badinter”, la que ahora se integrará en el Código Civil francés con un redactado distinto, pero que en este punto, mantiene la misma idea:

«Art. 1386-58. – Les victimes sont indemnisées des préjudices résultant des atteintes à leur personne, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l’exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l’accident.

«Toutefois, les victimes ne sont pas indemnisées par l’auteur de l’accident des préjudices résultant des atteintes à leur personne lorsqu’elles ont volontairement recherché le dommage qu’elles ont subi.

«Art. 1386-59. – La faute commise par la victime a pour effet de limiter ou d’exclure l’indemnisation des préjudices résultant d’une atteinte à ses biens.

«Les fournitures et appareils délivrés sur prescription médicale donnent lieu à indemnisation selon les règles applicables à la réparation des atteintes à la personne.»...

Es decir, en el ámbito de la circulación, en los casos de lesiones corporales no se puede oponer la culpa exclusiva de la víctima como causa de exoneración total, excepto en los casos de culpa grave especialmente cualificada o actuación dolosa de la víctima. En cambio, la concurrencia de culpa de la víctima es causa de exoneración, total o parcial, en el caso de daños a las cosas, salvo aquellas que se refieren al mobiliario especializado y aparatos entregados bajo prescripción médica (p. ej. prótesis) que, para proteger a las víctimas, siguen el régimen de las lesiones corporales.

Debe subrayarse, además, que esa especialidad se refiere a víctimas imputables civiles, porque para las inimputables regirá la regla general, es decir, no limitada al ámbito de la circulación, que ahora se incluirá en el Código Civil francés, y que, en palabras del informe previo del Senado, “suprimirá todo efecto exoneratorio de la concurrencia de culpa de la víctima cuando ésta esté privada de discernimiento”²¹³. La regla supone un cambio sustancial respecto al Derecho francés actual y no sólo por un esfuerzo de coherencia interna, sino también para acercarse a una solución casi universal donde las voces discrepantes ahora serán sólo el Derecho español, el polaco, el italiano y un sector doctrinal del portugués cada vez más minoritario.

213 “Recommandation n° 11.- Inscrire dans le code civil les règles jurisprudentielles relatives à l’exonération de la responsabilité de l’auteur d’un dommage du fait de la victime, en supprimant tout effet exonérateur lorsque cette dernière est privée de discernement”. Cf. Informe del Senado francés cit. y arts. 1386 y 1386-1 de la Proposición de Ley.

Sobre este punto la doctrina española está dividida²¹⁴. También lo está la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS 8.11.1995 (RJ 1995\8636), referida a la posible concurrencia de culpa de un niño de 4 años a quien una máquina cosechadora le había amputado un brazo, declara solemnemente que “...a los niños de cuatro años nunca se les puede declarar culpables de sus propios daños, y no lo ha hecho esta Sala”, a lo que la STS 8.4.1996 (RJ 1996\2989) —relativa a un niño de 7 años que fallece por aplastamiento torácico provocado por la estructura de cierre de una puerta corredera a la que se había encaramado— añade que “...no puede sostenerse en este caso que el siniestro se produjera por culpa exclusiva de la víctima pues, siendo ésta un niño de siete años, su conducta sólo puede calificarse como imprevisible...”.

Existen también sentencias más recientes que rechazan la concurrencia de culpa de la víctima cuando ésta es un menor inimputable, como la STS 11.5.2004 (RJ 2004\2730) —relativa a un niño de 4 años que muere al caer a un pozo séptico que se hallaba dentro de un edificio en construcción, cuyas obras estaban paralizadas y cuya arqueta carecía de tapadera— que declara que “dada su edad de cuatro años, en modo alguno puede calificarse de culpable ni negligente una acción consistente en entrar en un edificio en construcción pero cuyas obras se encontraban abandonadas, situado en las inmediaciones de otros edificios donde había jóvenes y niños que jugaban por la zona”²¹⁵. No obstante, debe reconocerse que la jurisprudencia mayoritaria de los últimos años permite oponer a los menores inimputables la concurrencia de culpa de la víctima, parcial o totalmente, con unos resultados prácticos que son especialmente duros para ellos. Un buen ejemplo lo proporciona la STS 6.2.2008 (RJ 2008\1215), relativa a una niña de 6 años atropellada por un tren cuando intentaba cruzar un paso nivel por un espacio situado entre la barrera, que estaba bajada, y el muro. El accidente le produjo la amputación de una pierna, y tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia condenaron a la compañía ferroviaria a indemnizar la totalidad de los daños debido a que había sido negligente. La Audiencia

214 Incluso en el mismo tratado de Reglero (2008), donde mientras que en el vol. I, p. 898 y ss. Reglero considera que la reducción o exclusión propias, respectivamente, de la concurrencia de culpa de la víctima y de la culpa exclusiva de la víctima no se aplicarán a inimputables, Gómez Calle, en el vol. III, p.183 y ss considera que sí.

215 La sentencia tampoco aprecia concurrencia de culpa de los padres y por ello no acepta ninguna reducción de la indemnización. En el mismo sentido que esta sentencia, si bien, incorrectamente, en clave de ausencia de causa, vide también la STS 26 de marzo 2004 (RJ 2004\1952)

descartó expresamente la concurrencia de culpa o la culpa exclusiva de la víctima, “atendiendo a la corta edad de la actora al tiempo del accidente, lo que permitía presumir que la misma carecía de la capacidad suficiente para conocer el alcance de sus hechos y la trascendencia de sus actuaciones”. El Tribunal Supremo, en cambio, redujo la indemnización en un 50% argumentando que “la menor edad de la víctima no puede enervar la eventual apreciación de su conducta, si no como culposa, sí como contributiva al curso causal del siniestro del que resulta perjudicada”.

Finalmente, no olvidemos que en todos estos casos hemos estado hablando sólo de dos sujetos, víctima y causante del daño, dejando de lado, la actuación de otras personas como, en el caso de menores, los padres. Pasemos a analizar brevemente este último tema, que suele plantearse preguntado si existe “identificación” entre la concurrencia de culpa de una tercera persona y la víctima, de tal manera que la conducta de esa tercera persona se “comunica” a la víctima, perjudicándola porque excluye o reduce la indemnización que finalmente deberá percibir.

La regla básica que encontramos tanto en los PETL (art. 8:101 (3) PETL), como en el DCFR (Art. VI.-5: 102 (3) DCFR) y el *Restatement Apportionment* (§§ 1-9) se puede sintetizar diciendo que el fenómeno sólo se produce si la víctima a la que se reduce la indemnización es una de esas personas que debería responder por la conducta de la persona con la que se identifica²¹⁶. Así, la concurrencia de culpa del auxiliar reduce la indemnización al principal-víctima; lo mismo podríamos decir de la concurrencia de culpa del menor o discapacitado, que reduciría la indemnización al padre o tutor-víctimas. De nuevo, pues, nos encontramos con la regla del espejo, regla que no funciona, siguiendo la metáfora, cuando “no hay imagen que pueda reflejarse en el mismo”. O dicho de otro modo: al igual que a nadie le pasa por la cabeza que la concurrencia de culpa del empresario (principal) pueda reducir la indemnización que deberá recibir su empleado (auxiliar) cuando es víctima de un daño, tampoco se debería permitir que la concurrencia de culpa del padre o tutor pueda reducir la indemnización que deberá recibir el menor o discapacitado. En materia de responsabilidad extracontractual, como hemos visto, los padres responden por los hechos

²¹⁶ Hay otras reglas secundarias, como por ejemplo que en la indemnización por causa de muerte la conducta o actividad concurrente de la víctima primaria reduce la indemnización que recibirán las víctimas secundarias (cf. art. 8:101 (2) PETL).

de los hijos, pero los hijos no responden por los hechos de los padres.

6. La concurrencia de una pluralidad de causantes: ¿solidaridad?

Las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual del Código Civil español (arts. 1902 y ss. CC) no regulan los supuestos de pluralidad de causantes del daño. Como es bien sabido, en la regulación de la parte general de las obligaciones, los arts. 1137 y 1138 CC establecen que en el supuesto de concurrencia de varios deudores de una sola obligación, la solidaridad no se presume y sólo se aplicará cuando “la obligación expresamente lo determine”. Un sector de la doctrina ha defendido la aplicación del precepto, no sólo a las obligaciones contractuales, sino también a las extracontractuales y, en la medida en que en este último ámbito no hay ninguna norma que disponga la solidaridad, entiende que cuando varios agentes concurren a causar el daño su responsabilidad será mancomunada y deberá repartirse proporcionalmente a la participación de cada uno²¹⁷. Sin embargo, la doctrina dominante sostiene la opinión contraria y considera que la pluralidad de causantes del daño siempre debe dar lugar a la responsabilidad solidaria de todos los participantes, destacando, para reforzar otros argumentos de tipo normativo, que la responsabilidad solidaria es el régimen más favorable al perjudicado, tanto en los supuestos en que uno de los obligados resulta insolvente, como en aquellos otros en que el perjudicado le resultaría extremadamente costoso tener que demostrar la parte del daño atribuible a cada responsable.²¹⁸

La regla de la responsabilidad solidaria es también la dominante en la jurisprudencia española desde principios del siglo XX²¹⁹ y, también la ma-

217 Cf. Manuel Albaladejo García, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, ADC 1963, p. 345-375; Ángel Cristóbal Montes, *Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1985, p. 105, especialmente p. 116; Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 401.

218 Los otros argumentos a favor de esta posición son también bien conocidos: (a) se afirma que la presunción de no solidaridad de los arts. 1137 y 1138 CC sólo se refiere a las obligaciones nacidas de un convenio pero no a las derivadas de un acto ilícito, (b) se habla de la aplicación analógica del art. 116 CP-1995 (antiguo art. 107 CP anterior), que impone la responsabilidad solidaria entre los autores de un delito o falta. Para una síntesis de los argumentos, vide por todos, Ricardo de Ángel, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid-Bilbao, Ediciones Universidad de Deusto-Civitas, 1993, p. 847.

219 Por ejemplo, SSTS 23.12.1903; 2.3.1915; 21.6.1946 y 19.2.1959.

yoría de sentencias actuales del TS imponen la solidaridad entre causantes del daño y, al hilo de los argumentos desarrollados por la doctrina, la justifican por “razones de equidad, interés social, y asegurar la protección de la víctima”, especialmente en aquellos casos en que “interviniendo una pluralidad de agentes con concurrencia causal en la producción del evento dañoso, no es factible individualizar la contribución de cada uno de ellos”.²²⁰ Con carácter más esporádico, la jurisprudencia también ha recogido algún otro argumento apuntado por la doctrina, como el hecho de que la solidaridad es el régimen más protector para los derechos de los perjudicados²²¹ o el argumento normativo según el cual los arts. 1137 y 1138 CC, contrarios a presumir la solidaridad, “se refieren a las obligaciones nacidas de los contratos, y no de los hechos u omisiones ilícitos”.²²²

Debe tenerse presente, sin embargo, que en los casos de pluralidad de causantes del daño muchas sentencias del Supremo califican la solidaridad como “solidaridad impropia”, o “responsabilidad *in solidum*”. Con alguna excepción, la mayor parte de la doctrina, o bien critica la introducción de esta categoría, que no tiene base legal en el ordenamiento español, y la ve como un subterfugio jurisprudencial para salvar el texto de los arts. 1137 y 1138 CC, contrarios a la presunción de solidaridad, o bien opta por un carácter restrictivo.²²³ Por otra parte, las características específicas de la llamada “solidaridad impropia” no son del todo claras²²⁴ o han quedado di-

220 En este sentido STS 07.03.2002, 3ª (RJ 2002\4151) y muchas otras sentencias como, por ejemplo, SSTS 9.3.2000 (RJ 2000\1515); 11.4.2000 (RJ 2000\2148) y 27.6.2001 (RJ 2001\5087).

221 Por ejemplo STS 14.4.2001 (RJ 2001\3640).

222 Por ejemplo, SSTS 15.2.2001 (RJ 2001\1449); 14.4. 2001 (RJ 2001\3640).

223 La posición más crítica es la de Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, cit., p. 407-411; y Cristóbal Montes, *Mancomunidad y solidaridad*, cit., p. 64, 68, 74 y ss. De una forma más matizada, Francisco Rivero Hernández, José Luis Lacruz et alt., *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2, Madrid, Dykinson, 1999, p. 498, considera que “el único caso en el que cabe defender la responsabilidad de todos por el todo es aquel en el que la causación ha sido igualmente total para cada uno, de modo que cada agente podía haber causado el daño completo. Caso, éste, específico de las obligaciones por acto ilícito, que una parte de la doctrina (Cossío, León) denomina de obligación *in solidum*: a diferencia de las obligaciones solidarias, la deuda se contrae completa por cada uno de los obligados, si bien el pago por uno extingue la obligación de los otros”.

224 Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, cit., p. 480 y ss. enumera, como efectos secundarios de la solidaridad propia que no se podrían dar en la impropia, los siguientes: a) la existencia de representación o mandato tácito entre los deudores solidarios, b) la interrupción de la prescripción perjudica por igual a los deudores solidarios (art. 1974 CC), c) el reconocimiento de deuda, aunque no sea novatorio, llevado a cabo por un codeudor, afecta por igual al resto codeudores como acto interruptivo de la prescripción, d) si la sentencia dictada contra los codeudores es recurrida por uno o varios de ellos, no será tampoco firme respecto de los codeudores no recurrentes, a quienes aprovechará también la

fuminadas en los últimos tiempos.²²⁵

Quizás por estas razones el art. 1122 de la Propuesta de Modernización del Código civil español considera necesario referirse a la solidaridad en la responsabilidad extracontractual como un supuesto especial y dice en uno de sus apartados que “[S]erá solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas”.

El problema es que una regla de este tipo, a pesar de intentar llevar la categoría de la solidaridad impropia al redil de la propia, puede tener efectos prácticos más bien escasos. Ese argumento de la imposibilidad de individualizar las conductas o de fijar la cuota de participación de cada uno de ellos es el que ahora repite con más frecuencia el Tribunal Supremo español al imponer la solidaridad cuando hay una pluralidad de causantes de daños. A pesar de este argumento, sin embargo, son muy escasas las sentencias que establecen la mancomunidad cuando se han fijado las cuotas de participación. Por el contrario, una serie de sentencias, a pesar de establecer las cuotas de participación de cada corresponsable, imponen después la responsabilidad solidaria y dicen que las cuotas son sólo relevantes en las relaciones internas entre codeudores, cuando se ejerza la correspondiente acción de repetición.²²⁶

apelación; e) la constitución en mora de uno de ellos constituye en mora a los demás; f) la remisión de la deuda concedida a un codeudor aprovecha al resto, lo mismo que la compensación, novación o confusión (art. 1143 CC); g) la cosa juzgada respecto de uno tiene valor para los demás, a los que extiende sus efectos, favorables y desfavorables (art. 1252.3 CC, derogado por la nueva LEC), lo que implicaba, en el anterior régimen, que la actuación procesal de uno de ellos se expandía a los demás.

225 Al menos, no parece que de la jurisprudencia del TS se pueda deducir una diferencia clara. Así, si una de las posibles diferencias entre solidaridad propia e impropia fuera la extensión a todos los codeudores de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia condenatoria, tras la entrada en vigor de la LEC esta diferencia habría quedado eliminada, pues, como afirma la STS 17.6 2002 (RJ 2002\ 5223), “[e]n la actualidad, tampoco a las obligaciones solidarias propias podría aplicarse la extensión de la cosa juzgada, conforme a los «vínculos de solidaridad» que preceptuaba el párrafo tercero del derogado artículo 1252 del Código Civil, ya que la referencia en cuestión ha sido suprimida en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En cuanto a la interrupción del plazo de prescripción, tampoco se aprecian diferencias entre solidaridad propia e impropia, por lo que el TS ha aplicado a la solidaridad impropia la regla prevista en el art. 1974 CC sobre interrupción de la prescripción en casos de la solidaridad propia (SSTS 23.10.2000 [RJ 2000\9197]; 5.8.2001 [RJ 2001\7379]).

226 Así, por ejemplo, la STS 12.4.2002 [RJ 2002\2607] declara que “[l]a tendencia favorable a la declaración de solidaridad entre los responsables de un acto ilícito, se considera como la más adecuada para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, perfectamente compatible con la posibilidad de división interna de la parte de las respectivas obligaciones, a la manera que lo establecen los artículos 1115, 1146, 1147 y 1148 del Código Civil (SSTS 20.5.1968 [RJ 1968, 2827], 20.2.1970 [RJ 1970\ 938], 11.5.1968 [RJ 1968\ 2438], 15.10.1976 [RJ 1976\ 4188] y 23.10.1978 [RJ 1978, 3220])”.

La jurisprudencia del Supremo aplica la regla de la solidaridad a casos de cursos causales cumulativos (o “concurrentes”, en la terminología del TS español)²²⁷. También la aplica a supuestos de casualidad adicional, es decir, de “dos conductas causales, imprudentes, además, sin cuya presencia no se hubiere producido el resultado y cuya influencia en él no se puede graduar” (STS 18.11.1987 [RJ 1987\9989]). La aplica incluso a casos de cursos causales autónomos, uno de los cuales sólo agrava la entidad del daño causado por el otro, y aunque la doctrina a veces lo quiera negar, también la aplica a casos de incertidumbre causal, porque aquí tampoco podría determinarse el grado de participación, (cuando lo que ocurre aquí, en realidad, es que no se sabe si un pretendido causante del daño lo ha sido efectivamente o no).

Cabe destacar, en líneas muy generales, que en los casos de pluralidad de causantes del daño existe en el Derecho español una tendencia a aplicar la solidaridad a un número excesivo de supuestos, y alguno de los modelos que estamos mencionando, como por ejemplo los PETL, puede ofrecer parámetros para iniciar una reflexión sobre si es realmente necesario que sea así.²²⁸

227 Que son aquellos en los que “dos cursos causales de diverso origen concurren simultáneamente a la producción del evento dañoso y que cualquiera de los dos hubiera servido para producirlo con las mismas características y en las mismas circunstancias de forma en la producción del daño” (SSTS 18.6.1998 [RJ 1998\5066]; 7.11.2000 [RJ 2000\9911]).

228 “Art. 9:101 *Solidaridad y parciariedad: relación entre la víctima y la pluralidad de causantes del daño*

(1) La responsabilidad es solidaria si todo el daño sufrido por la víctima o una parte diferenciada del mismo es imputable a dos o más personas. La responsabilidad será solidaria si:

a) una persona participa a sabiendas en la actuación ilícita de otros que causa daño a la víctima, o la instiga o estimula;

b) el comportamiento o actividad independiente de una persona causa daño a la víctima y el mismo daño es también imputable a otra persona;

c) una persona es responsable por el daño causado por un auxiliar en circunstancias tales que también el auxiliar es responsable.

(2) Cuando varias personas se hallan sujetas a responsabilidad solidaria, la víctima puede reclamar toda la indemnización de una o varias de ellas, con tal que no obtenga mayor indemnización que la correspondiente al importe total del daño sufrido.

(3) Se considera que un daño es el mismo daño a los efectos del apartado (1)(b) anterior si no existe una base razonable para imputar sólo una parte del mismo a cada una de las personas responsables ante la víctima. A tal efecto, la persona que afirma que el daño no es el mismo soporta la carga de la prueba. Si tal base razonable existe, la responsabilidad es parciararia, es decir, cada persona responde ante la víctima sólo por la parte del daño que le es imputable.”

Véase también lo indicado anteriormente en relación con los supuestos de incertidumbre y la llamada “responsabilidad proporcional” (*proportional liability*).

7. Indemnización de daños

Resulta imposible en una ponencia marco como esta entrar en detalle en todos los aspectos que deberían tenerse en cuenta en una regulación sobre esta materia y, mucho más, en un tema tan amplio y complejo como la indemnización de daños. A modo de apunte, tan solo pueden destacarse las ideas básicas siguientes.

7.1. Daños patrimoniales y morales. ¿Daño “per se”?

Las consecuencias de la lesión a un interés jurídico protegido (PETL) o “daño jurídicamente relevante” (DCFR) o, si se quiere, a un “interés lícito” (cf. art. 1384 I Proposición francesa) son patrimoniales (daño patrimonial) o extrapatrimoniales (daño moral). Los llamados “daños patrimoniales puros” (*pure economic losses*, traducidos según otros como “daños puramente económicos”) son daños caracterizados por no comportar ni daño a la persona ni a las cosas de quien lo reclama pero son, al fin y cabo, daños patrimoniales, dado que afectan al patrimonio en su conjunto. Las consecuencias de los daños personales o corporales también son siempre patrimoniales o extrapatrimoniales (morales) si bien, en estos casos, el llamado “daño moral”, como es bien sabido, requiere un análisis más pormenorizado en cuanto a sus distintas partidas.

El DCFR establece un *tertium genus* difícil de aceptar, que es lo que llama “daño/lesión en sí mismo/a” (*injury as such*), conocido también como “daño *per se*”, y señala que “el daño en sí mismo se compensará con independencia de la compensación de daños patrimoniales y no patrimoniales” (cf. art. VI.- 6:204 DCFR)²²⁹. Como reconoce el propio comentario del DCFR, una regla de este tipo no se encuentra en ningún Código ni en ninguna legislación nacional²³⁰. Creo que la idea, que proviene de un arrastre de la doctrina italiana del *danno biologico*, es innecesaria. Cuando no hay restricciones del tipo que se encuentran en Derecho italiano para indemnizar el daño moral, el problema se puede resolver mejor entendiendo que la lesión a un derecho de la personalidad da lugar a un daño moral que no hay que demostrar y estableciendo una correcta diferenciación de

229 Art. VI.- 6:102 DCFR: “Injury as such is to be compensated independently of compensation for economic and non-economic loss”

230 Cf. Com. Art. VI.-6:204, p. 3799 y ss.

las diversas partidas del daño moral (por ejemplo en el caso de lesiones corporales, destacando el llamado “daño anatómico-funcional” como una partida autónoma).

7.2. Principios básicos

El principio básico más importante en materia de daños es el de reparación integral. La reparación debe colocar a la víctima en una posición lo más parecida posible a aquella en que se encontraría si no se hubiese producido el daño (art. 10:101 PETL, art. VI.- 6:101 (1) DCFR). No cabe duda que la aplicación del principio de reparación integral resulta más difícil en el caso de daños morales porque respecto de ellos no es posible, desde un punto de vista material, devolver a la víctima a la situación en que se encontraría si el daño no se hubiera producido. No obstante, ello no significa que el principio no rija respecto a ese tipo de daños, sino que, en mi opinión, debe entenderse en el sentido de que ese tipo de daños debe dar lugar a cuantías indemnizatorias que la sociedad perciba como suficientes y justas.

A menudo se utiliza el término “reparación” como genérico (Ch. 6, Lib. VI DCFR), que incluye la reparación en forma específica (*restoration in kind*, cf. art. 10:104 PETL) y la indemnización pecuniaria (*damages*, art. 10:101 PETL; *compensation*, VI.- 6:101 (2) DCFR). La primera la puede pedir el dañado, si así lo prefiere y está sujeta a límites de la razonabilidad (debe ser posible, no excesivamente gravosa, etc.). La segunda se puede pagar mediante una suma alzada o mediante una renta periódica, y mientras el DCFR establece que el pago de suma es la regla y el de la renta la excepción (cf. art. VI.- 6:203 DCFR), los PETL hacen depender la elección del tipo de pago de los intereses de la víctima (cf. art. 10:102 PETL). Finalmente, ambos textos establecen una regla de *compensatio lucri cum damno* (cf. art. 10:103 PETL, art. 6:103 DCFR) y el DCFR una regla *de minimis* (cf. art. VI.- 6:102 DCFR).

Además del principio de reparación integral, otros criterios o principios importantes son:

- *Principio de vertebración*: La valoración debe llevarse a cabo mediante una estricta separación entre los daños patrimoniales y los no patrimoniales.
- *Principio de diferenciación*: Debe producirse una clara separación, dentro de los dos tipos de daños, de las concretas subespecies o partidas de daño que se indemniza. Ello tiene especial importancia en el caso de

los daños morales, en que deberían delimitar las diferentes categorías.

- *Principio de personalización de las indemnizaciones*: Se aplicarán criterios que permitan tener en cuenta las particulares consecuencias patrimoniales y no patrimoniales que el daño ha producido a la concreta víctima.
- *Principio de igualdad*: Los daños iguales deben ser compensados de manera igual, sin que se produzca ningún tipo de discriminación o diferencia injustificada entre víctimas.
- *Principio de proporcionalidad*: Las indemnizaciones deben ser proporcionadas a los daños sufridos por las víctimas.

7.3. Daños patrimoniales, en particular, la valoración del lucro cesante en los supuestos de lesiones corporales y muerte

En el caso de daños patrimoniales la distinción entre “daño emergente” y “lucro cesante” es esencial en todos los países de nuestro entorno. Por regla general, se propone compensar también la pérdida de uso (cf. art. 10:203 PETL y art. VI.- 2:206 (2) (a) DCFR).

En cuanto al lucro cesante, entendido como ganancia dejada de obtener de acuerdo con el curso normal de las cosas, se requiere, en primer lugar que sea lícito, de tal manera que las pérdidas relacionadas con actividades o fuentes de ingresos que se consideran ilegítimas no podrán ser resarcidos (cf. art. 2:103 PETL).

Como el daño emergente, el lucro cesante se calculará del modo más concreto que sea posible. En el caso de lucro cesante derivado de daños corporales se presentan problemas graves respecto al lucro cesante futuro. Ni los PETL ni el DCFR entran –ni pueden hacerlo, dada la gran división que existe en Europa sobre la materia– en el complejo tema de la valoración del daño patrimonial derivado de la muerte y las lesiones corporales ni, de manera especial, del lucro cesante en estos casos. El tema se remite a lo que determine la legislación nacional (art. 6:203 (2) DCFR) o sólo se indican algunas reglas muy generales (cfr. art. 10:202 PETL).

En los supuestos de lesiones el lucro cesante constituye una partida patrimonial del daño corporal y por ello, siempre que sea posible, deberá apreciarse y valorarse en concreto de acuerdo con las pruebas aportadas por el perjudicado. Así, si quien sufre lesiones impositivas ha estado de baja durante X días en los que ha dejado de percibir unos ingresos de Y euros por día, el lucro cesante en concreto debería poder determinarse me-

dante la sencilla operación de multiplicar X por Y, en un sencillo cálculo en el que ambos factores son plenamente conocidos. Y a la inversa, si quien sufre lesiones impeditivas sigue percibiendo los mismos ingresos a pesar de hallarse de baja, al no haber existido lucro cesante no deberá percibir indemnización en ese concepto. No obstante, en muchas ocasiones el valor de los distintos factores que deben tenerse en cuenta para valorar el lucro cesante concreto puede resultar incierto, y ello puede legitimar que se realice una valoración en abstracto.

El art. 10:201 PETL señala que por regla general el daño patrimonial “se determina de un modo tan concreto como sea posible, pero puede determinarse en abstracto, como por ejemplo, con relación al valor de mercado cuando resulte pertinente”. El comentario a dicho precepto añade que este inciso otorga prioridad al método concreto de determinación del daño, si bien no de un modo absoluto. Este método tiene en cuenta no lo que habría sido el daño “normal” de una víctima “normal” sino el daño concreto de la víctima individualizada. A pesar de esa prioridad, por razones prácticas, puede resultar necesaria una estimación abstracta, como ocurre en el caso de pérdidas o ganancias futuras, supuesto en el que resulta el único método posible de cuantificación. No obstante, incluso en ese tipo de supuestos deberán tenerse en cuenta las concretas expectativas de la víctima, siempre que ello es posible.²³¹

Esa valoración abstracta del daño no puede ser arbitraria y resulta rechazable utilizar criterios de estandarización tan simplistas como el que utiliza el sistema de valoración del daño corporal español (cf. p. ej. STS 18.6.2009 [RJ 2009\4318], en cuanto al factor de corrección máximo del 10% de las Tablas II y IV), que si bien parte de una cuantía cierta, la refiere a las indemnizaciones básicas por muerte o por lesiones permanentes, que son conceptos ajenos al lucro cesante, ya que no existe necesariamente una correlación entre la entidad del perjuicio sufrido, valorado en las indemnizaciones básicas y que es esencialmente no patrimonial, y el lucro cesante que la muerte o la lesión han generado. En otros países, como por ejemplo en el «Tableau Indicatif» belga de 2008²³², se intenta establecer, en primer lugar, un sistema de renta indexada, en su defecto un sistema de capitaliza-

231 Cf. Magnus, Com art. 10.201 PETL, p. 217-218.

232 Tableau indicatif-Version 2008, en http://www.fcga-gmwf.be/documents/AN_INDEMNISATION.pdf, p. 8 (Fecha de consulta: 2.1.2011)

ción y, sólo en defecto de todos ellos, un criterio parecido al que propugna el baremo español (*indemnisation par point*).

La encomiable STS 25.3.2010 (RJ 2010\1987) ha intentado paliar la insuficiente indemnización del lucro cesante que resulta de un sistema de valoración del daño corporal que, como es sabido, prescinde de valorarlo y lo considera sólo como un factor de corrección. La doctrina sentada por esta sentencia y su progenie, al remitirse al Apartado Primero 7 del Anexo de la LRCSCVM –que permite un porcentaje de aumento o de reducción “según circunstancias”– y entender que esas circunstancias no son solamente las calificadas de modo expreso como de aumento o disminución, sino todas las circunstancias enumeradas en ese apartado, permite que se tengan en cuenta las circunstancias económicas de la víctima con el límite de hasta un 75% de las indemnizaciones básicas que, en función de los ingresos netos de la víctima, prevén las Tablas II (Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte –Perjuicios económicos), IV (Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes –Perjuicios económicos) y V-B (Indemnizaciones por incapacidad temporal-Factores de corrección. Perjuicios económicos). No obstante, esta doctrina, a pesar de suponer una mejora sustancial de la posición de las víctimas, se queda a medio camino al no poder llegar a reconocer la reparación integral.²³³

La indemnización del lucro cesante deberá fundarse, pues, en unos criterios que sean conformes a los principios informadores del sistema de valoración antes expuestos y, en especial, que contengan los elementos necesarios para personalizar lo máximo posible las indemnizaciones que resulten de su aplicación. De *lege ferenda*, existen posibilidades de lograrlo, como la utilización de la llamada regla del multiplicando y del multiplicador, propuesta por algunos autores en España,²³⁴ y utilizada con bastante éxito en el Reino Unido.

233 Vide Juan F. Garnica Martín, *El lucro cesante como nuevo factor de corrección tras la sentencia del Tribunal Supremo 228/2010, de 25 de marzo*, Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. 17/12/2010 Número 11 - diciembre 2010, p. 6-38.

234 Vide Mariano Medina Crespo, *Mecanismos necesarios para la correcta ponderación del lucro cesante dentro del sistema valorativo*, RES 2006, 128, 763-775 y, desde una perspectiva más económica, Mercedes Ayuso Gutiérrez / Lluís Bermúdez Morata / Miguel Santolino Prieto, *Metodología alternativa para el cálculo de los perjuicios económicos futuros ante la reforma del sistema de valoración del daño corporal*, RES 141, 2010, p. 91-108.

A) LUCRO CESANTE FUTURO EN LOS CASOS DE LESIONES IMPEDITIVAS PERMANENTES

(A) LUCRO CESANTE FUTURO DERIVADO DE LA EFECTIVA PÉRDIDA DE INGRESOS (“LUCRO CESANTE ESTRICTO”)

En el caso de lucro cesante futuro de quien percibía ingresos, el Reino Unido ha utilizado desde hace ya bastantes años las llamadas Tablas de *Ogden*, que son unas tablas actuariales preparadas por un grupo multidisciplinar de actuarios (incluyendo el actuario del gobierno), juristas, contables y aseguradoras, y que en los casos de lesiones corporales y muerte sirven de ayuda para calcular la indemnización de lucros cesantes futuros o de determinados gastos derivados del accidente, como gastos de cuidado y atención de la víctima. No tienen carácter vinculante y se utilizan para comprobar las indemnizaciones otorgadas por los tribunales,²³⁵ quienes desde 1991 reconocen ese valor orientativo.²³⁶

En ellas el *multiplicando* representa el lucro cesante anual valorado en el momento del juicio. A menos que exista una clara expectativa de promoción, el sistema establecido por las Tablas *Ogden* no permite tener en cuenta un eventual incremento de las ganancias después de esta fecha.

El *multiplicador* se utiliza para capitalizar, y convertir así en una suma que permita liquidar los daños, los ingresos futuros que previsiblemente se producirán desde la fecha del juicio y hasta la fecha previsible de jubilación. Incluye deducciones para tener en cuenta, fundamentalmente, los tres factores siguientes:

(a) *Percepción anticipada*: Debe tenerse en cuenta que la víctima recibe mediante la indemnización una suma de dinero, de una vez y de modo anticipado (y por ello puede invertirla), como compensación por los salarios que habría ido percibiendo a lo largo de su vida laboral si no hubiera resultado lesionada. Hasta hace una década la tasa de descuento del sistema inglés se basaba en la presunción de que la suma recibida generaba un rendimiento del 4,5% anual, que fue reducido judicialmente al 3% en 1999. En 2001 la

235 El encargado de elaborar y reelaborar desde 1984 las tablas es el *Government Actuary's Department*. La última edición (sexta) de estas tablas que es la que se aplica en la actualidad es de 3 de mayo de 2007 y puede encontrarse en la web de dicho organismo en <http://www.gad.gov.uk/Documents/Other%20Services/Ogden%20Tables/Ogden_Tables_6th_edition.pdf> (Fecha de consulta: 5.3.2011).

236 Criterio sentado en *Docherty as Curator Burns for O'Brien v. British Steel Plc* [1991], aprobado posteriormente por la *House of Lords* en *Hunt v. Severs* [1994] 2 A.C. 350.

Damages (Personal Injury) Order fijó la tasa de descuento en el 2,5% y ésta continúa siendo la tasa de descuento aplicable en la actualidad.²³⁷

(b) *Muerte prematura*: Existe un pequeño riesgo de que el demandante no llegue a alcanzar la edad de jubilación. La respuesta de los tribunales ingleses frente la incertidumbre sobre la esperanza de vida ha sido usar las estadísticas de mortalidad de la población para descontar la posibilidad de muerte prematura.

(c) *Riesgos impeditivos de la actividad laboral o profesional*: También debe llevarse a cabo una deducción por los riesgos asociados al desempeño ininterrumpido de la actividad laboral o profesional, tales como enfermedades y desempleo. Se trata de circunstancias que podrían haber impedido al demandante trabajar de modo continuado hasta su jubilación aunque no se hubiera producido la lesión. La magnitud de esa deducción era objeto de la discreción judicial y los tribunales la situaban alrededor del 17%, lo que era una cifra significativamente más elevada que la que recomendaba el análisis actuarial.

Los expertos, no obstante, habían señalado que, en la práctica, tales tablas tendían a infracomensar determinados grupos de víctimas tales como los *hombres jóvenes que padecen lesiones permanentes no totalmente impeditivas*, es decir, que les permiten conservar una cierta capacidad residual de obtener ingresos tras sufrirlas. Por ello, en la última edición, se introdujeron modificaciones que tenían en cuenta las observaciones formuladas en el sentido siguiente:

(a) Respecto la *edad* se afirmaba que la principal razón de esa infracomensación se hallaba en que los tribunales valoraban insuficientemente el *incremento de ingresos* que suele producirse a lo largo de la vida laboral de las personas. Destacaban que existen dos fuentes de ese incremento, uno relativo al incremento de productividad individual, que se relaciona con la experiencia de la víctima en el mercado laboral, y otra que resulta de un incremento general de productividad de la economía, que se produce a lo largo del tiempo²³⁸.

237 Vid. *Government Actuary's Department (GAD)*, en < [http://www.gad.gov.uk/services/ Other%20 Services/ Compensation_for_injury_and_death.html](http://www.gad.gov.uk/services/Other%20Services/Compensation_for_injury_and_death.html)> (Fecha de consulta 5.3.2011).

238 Richard Lewis / Robert McNabb / Victoria Wass, *Methods of Calculating Damages for Loss of Future Earnings*, [2002] *Journal of Personal Injury Law* 2/02, p. 150-165, p. 152 y ss. Vide también desde una perspectiva que incide más en el análisis económico, Zoltan Butt/ Steven Haberman / Richard Verrall, *Calculating compensation for loss of future earnings: estimating and using work life expectancy*, *Journal of*

(b) La variable referida al *género* resultaba más difícil de explicar. Aunque tanto el hombre como la mujer sufren una infracompensación igual en lo relativo al potencial incremento de sus ingresos a lo largo de su vida laboral, las mujeres suelen resultar sobrecompensadas debido a que se produce una sobreestimación de sus expectativas de futura participación en el mercado laboral ya que, debido a su dedicación los hijos, el período de empleo a lo largo de su vida laboral —sea por abandono temporal o reducción de jornada— suele ser por regla general inferior.

Como es bien sabido, el recurso a factores actuariales basados en el género está generalizado en el sector de los seguros y algunas categorías de riesgos pueden presentar variaciones por razón de género. Así, por ejemplo, mientras que la esperanza de vida de un niño nacido en nuestro país en el año 2009 se sitúa en el horizonte temporal de los 78,5 años, la esperanza de vida de una niña nacida en el mismo año se sitúa en los 84,5²³⁹. En algunos casos, el género constituye uno de los factores determinantes para la evaluación de los riesgos asegurados, aunque no necesariamente el único, por lo que hasta ahora parecía razonable que en atención a la diferencia de género pudieran variar, por ejemplo, las primas de seguro de vida de los hombres en relación con las de las mujeres.

No obstante, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de marzo de 2011, Asunto C-236/09 (*Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros*) parece dar al traste con toda posibilidad de usar el criterio de género para los cálculos actuariales al declarar inválido, a partir del 21 de diciembre de 2012, el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro*²⁴⁰.

Dicho precepto permitía a los Estados miembros mantener una excepción, ilimitada en el tiempo, al criterio general de que las primas y prestaciones deben ser independientes de criterios de género²⁴¹. El TJCE consi-

the Royal Statistics Society, A (2008) 171, Part. 4, p. 763-805.

239 Cf. *Tablas de mortalidad de la población de España 1991-2009*, que pueden consultarse en la web del Instituto Nacional de Estadística <http://www.ine.es> (Fecha de consulta 1.3.2011)

240 DO L 373, p. 37.

241 Dispone el Artículo 5. *Factores actuariales*. “1. Los Estados miembros velarán por que en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros

dera ahora dicha excepción contraria al objetivo de igualdad de trato entre hombres y mujeres marcado por la Directiva 2004/113 y sostiene que resultaría incompatible con los artículos 21 (no discriminación) y 23 (igualdad entre hombres y mujeres) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Al parecer, esta sentencia obligará al sector asegurador a una actividad frenética para poder reformular y rehacer numerosos cálculos actuariales antes del 21 de diciembre de 2012.

(c) Respecto al *padecimiento de lesiones permanentes no totalmente impositivas*, la principal razón de la infracompensación se halla en que los tribunales suelen sobrestimar los efectos perjudiciales de las secuelas en la capacidad de generar ingresos. Para contrarrestar ese peligro, los estudios llevados a cabo habían propuesto que se realizara un análisis detallado de los historiales laborales de los trabajadores que han sufrido secuelas de ese tipo para poder personalizar más las indemnizaciones respecto ese tipo de víctimas.²⁴²

En el Reino Unido la información actuarial necesaria para descontar del multiplicador la percepción adelantada, el riesgo de muerte prematura y el riesgo de desempleo previo a la jubilación, con los criterios y correcciones señalados, se publica periódicamente en las Tablas de *Ogden*. En España, un organismo vinculado a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en el que participaran expertos nombrados por los distintos sectores afectados (gobierno, aseguradoras y representantes de las víctimas) podría también analizar periódicamente los parámetros que se consideraran relevantes para elaborar unas tablas parecidas.

afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente.

“2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007 autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación con la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después de 21 de diciembre de 2007 atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la Comisión el resultado de este nuevo examen.

“3. En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no darán lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente”.

“Los Estados miembros podrán aplazar la aplicación de las medidas necesarias para cumplir el presente apartado hasta dos años después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar. En tal caso los Estados miembros de que se trate informarán inmediatamente a la Comisión.”

242 Vide Lewis/McNabb/Wass, *Methods of Calculating Damages for Loss of Future Earnings*, cit., p. 152-153.

(B) LUCRO CESANTE FUTURO DERIVADO DE LA PÉRDIDA (O DISMINUCIÓN) DE LA CAPACIDAD DE GENERARLOS (“PÉRDIDA DE CAPACIDAD DE GANANCIA”)

En el caso de lucro cesante derivado de la pérdida de capacidad de ganancia de quien todavía no ha podido acceder al mercado laboral puede quedar claro, respecto al parámetro de la duración presumida del lucro cesante, que la fecha inicial es la prevista para la entrada en el mercado laboral y la final es la misma que en el caso anterior, es decir, la fecha de la jubilación.

Más problemas plantea, a mi entender, el otro parámetro relativo a lo que MEDINA CRESPO llama “nivel de rendimiento económico de la víctima” y para el que propone el salario mínimo interprofesional, aunque admite, que podría ir acompañado de algún factor de corrección en atención a “variables circunstancias del lesionado, personales, familiares, económicas y sociales”.²⁴³ En la mayoría de los países de nuestro entorno ese nivel salarial tan bajo sería inaceptable y el lucro cesante, en caso de menores de corta edad, se determina de acuerdo con el nivel de ingresos de los padres²⁴⁴ y, en el caso de menores o adultos que todavía se están formando, se tienen en cuenta además otros factores como el rendimiento académico de la víctima, las posibilidades reales de concluir la formación que estaba llevando a cabo y la expectativas salariales de la profesión cuyos estudios estaba cursando.²⁴⁵

(C) LUCRO CESANTE FUTURO DERIVADO DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD DE TRABAJO NO REMUNERADO

La víctima también debería tener derecho a percibir una indemnización por lucro cesante futuro si las lesiones le impiden llevar a cabo tareas no remuneradas que realizaba antes. El caso más frecuente es el de las lesiones a las amas de casa que afectan a su capacidad de llevar a cabo las tareas domésticas que desempeñaba antes de sufrirlas.

La jurisprudencia actual es bastante cicatera a la hora de apreciar qué requisitos deben concurrir para indemnizar la imposibilidad de realizar el trabajo doméstico. Con criterios restrictivos, en ocasiones se hace depen-

243 Mariano Medina Crespo, *Mecanismos necesarios para la correcta ponderación del lucro cesante dentro del sistema valorativo*, cit., p. 773.

244 Ulrich Magnus (Ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, The Hague/London/Boston, Kluwer, 2001, p. 209.

245 Magnus, *ibidem*.

der la indemnización de que haya generado efectivamente un gasto de sustitución, del cual debe darse cumplida prueba.²⁴⁶ No obstante, la aplicación del baremo permitía hasta ahora compensar a las amas de casa con el máximo de un 10% de la indemnización básica sin necesidad de justificación. Si bien esta posibilidad todavía se mantiene, resulta imprevisible en estos momentos cuál pueda ser la repercusión al alza de la llamada “doctrina Xiol” derivada de la antes mencionada STS 25.3.2010 (RJ 2010\1987).

Que la pérdida de la capacidad de realizar trabajo no remunerado debe indemnizarse, incluso si no resulta necesario remunerar a otra persona para que lo realice, no es ninguna novedad en el ámbito internacional y comparado. El criterio se encuentra ya en el Principio 5 de la *Resolución 75-7* del Comité de Ministros del *Consejo de Europa* del 14 de marzo de 1975²⁴⁷, cuyo § 22 de su Memorando Explicativo señala que, tanto si la víctima opta por contratar alguien que le reemplace como si prescinde de hacerlo, lo cierto es que ha sufrido un daño que debe valorarse tomando como base los gastos en los que habría incurrido para mantener el hogar en el mismo estado en que se encontraba antes de la producción del daño.

Entre los factores a tener en cuenta en esa valoración deben destacarse, entre otros, el grado de reducción de la capacidad de llevar a cabo el trabajo doméstico (total o parcial); la esperanza de vida de la víctima, y el número de miembros de la unidad familiar de la que se ocupaba la víctima.

El multiplicando, aunque debe partir del salario medio que percibiría otra persona para realizar las tareas del hogar, debería tener en cuenta que las funciones de atención al hogar y, en especial, a la familia que lleva a cabo una ama de casa suelen ser más amplias.

Un criterio análogo, *mutatis mutandis*, debería aplicarse a aquellos casos de pérdida de capacidad de trabajo de la víctima que en el momento de sufrir el accidente no desempeña un trabajo productivo —en un sentido económico— ni resulta previsible que lo desempeñe en el futuro. El principal argumento que justificaría la indemnización es que no puede negarse que la capacidad de trabajo tiene algún valor económico objetivo. Además, parecería contradictorio que el propietario de una cosa destruida pudiera

246 Vide con detalle Pedro del Olmo García, *Liability for Loss of Housekeeping Capacity in Spain*, en Ernst Karner / Ken Oliphant, *Loss of Housekeeping Capacity*, Berlin, Walter de Gruyter, 2011 (en prensa).

247 Vide *Res(75)7E 14 March 1975 on compensation for physical injury or death –Explanatory Memorandum*, en <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=661637&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383> (Fecha de consulta: 6.2.2011)

reclamar la indemnización de su valor tanto si obtenía de ella un rendimiento económico como si no y que, en cambio, quien posee una capacidad personal que se ha visto lesionada no pueda reclamar una indemnización por el simple hecho de que no la explotaba económicamente.²⁴⁸

B) LUCRO CESANTE FUTURO EN LOS CASOS DE MUERTE

El problema de la valoración de la vida, en general, ha sido un tema muy discutido en la literatura económica desde finales de los años 60, aplicándose en la actualidad diversos métodos y discutiendo los expertos cuál de ellos es mejor.

El llamado método del “capital humano” (*Human Capital Approach*) fue de los primeros en ser utilizado para valorar monetariamente la vida, pero también ha sido uno de los primeros en caer en desuso ya que obtiene el valor de la vida mediante el cálculo de los salarios dejados de ganar a causa de la muerte, con lo que deja de lado todos aquellos factores que, aparte de los ingresos monetarios, influyen en el bienestar y la calidad de vida.²⁴⁹

No obstante, debe tenerse en cuenta que es un criterio prácticamente unánime en Europa (tal vez con la excepción de Portugal²⁵⁰) que la muerte en sí misma no se indemniza, sino que lo que se indemniza, como daño patrimonial, es la pérdida de sostenimiento de aquellas personas que dependían del difunto. Puede hablarse entonces de que se producen las paradojas de que el bien máspreciado no es indemnizado o que resulta más barato matar que lesionar, pero de lo que se trata es de dejar a familiares y allegados dependientes en la posición más parecida posible a la que hubiera existido si la muerte no se hubiera producido.

Se tratará, en estos casos, de hallar cuáles hubieran sido los ingresos netos de la víctima primaria y de deducir de ellos los gastos que habrían correspondido al consumo propio de la víctima primaria (*quota sibi*)²⁵¹ y para ello el método del mutiplicando y el multiplicador puede resultar apropiado, entendiendo que las fechas de referencia en el multiplicador deben ser,

248 Vide también en un sentido análogo, Magnus, *Unification of Tort Law: Damages*, cit., p. 209.

249 Vide, por ejemplo, Miguel Ángel Roig Davison / Carlos Alberto Ruiz García, *La valoración de la vida humana. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15.2.2006 (BVerfG, I. BvR 375/05 vom 15.2.2006, Absatz. Nr. /1.156)*, InDret 4/2006 y allí más referencias.

250 Cf. *Notes* al Com. VI.-2:202 DCFR, p. 3229-3230.

251 Vide en el mismo sentido Medina Crespo, *Bases concretas para una reforma conservadora del sistema valorativo*, cit., p. 291.

la inicial la fecha de la muerte y la final la del previsible cese de la dependencia del perjudicado o víctima secundaria.

7.4. La posibilidad de deducir de las indemnizaciones determinadas prestaciones económicas

Dado que la indemnización tiene por finalidad reparar el daño sufrido por la víctima de modo integral pero en ningún caso enriquecerla, cabe preguntarse si deberán deducirse de la indemnización aquellos lucros que sean consecuencia directa del siniestro (*compensatio lucri cum damno*) como, por ejemplo, las cantidades percibidas con cargo a la Seguridad social, a las Entidades Gestoras de las prestaciones sociales o al propio empresario.

El criterio de la Sala Civil había sido el de la independencia de las pretensiones civiles y la posibilidad de acumular la indemnización por responsabilidad civil a cargo del causante del daño a las prestaciones sociales derivadas del accidente²⁵². En fechas relativamente recientes la Sala Civil rectificó y admitió que se descontaran de las indemnizaciones ciertas cantidades imputables a lo que ya se había percibido o reconocido como prestaciones sociales. Así lo admite expresamente la STS 24.7.2008 (RJ 2008\4626) en un accidente de trabajo debido a la falta de medidas de seguridad. La sentencia pone de relieve las vacilaciones de la doctrina jurisprudencial y concluye que “cuando se trata de la concurrencia de acciones de indemnización por negligencia... [los beneficios económicos] provienen de la misma fuente”, por lo que no es admisible que las víctimas aumenten su patrimonio más allá del daño sufrido”. Y añade: “La finalidad de las indemnizaciones [es] reparar y no enriquecer”, por lo que la acumulación sólo es posible cuando mediante las prestaciones sociales derivadas del accidente no se alcanza la completa reparación del daño causado o se indemniza un daño distinto al reclamado”. Por ello la sentencia decide descontar de las sumas globales concedidas al trabajador lesionado y a sus familiares directos el importe abonado por la mutualidad de accidentes de trabajo y por un seguro específico de protección convenido por los trabajadores de la construcción.²⁵³

252 Cf. Fernando Gómez Pomar, *Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: “Collateral Source Rule” y afines*, InDret 1/2000, p. 5-6 y María Paz García Rubio / Javier Lete Achirica et alii, en Ulrich Magnus (ed.), *The Impact of Social Security Law on Tort Law*, New York/Wien, Springer, 2003, p. 172 y ss.

253 Vide también la STS Social 17.7.2007 (RJ 2007\ 8303) para criterios concretos acerca de cómo

Por lo demás, parece que ninguna de las Salas del Tribunal Supremo admite hoy la deducción de las cantidades percibidas por la víctima en concepto del llamado “recargo de prestaciones” [que recae sobre el empresario en el supuesto de que la Administración competente hubiese declarado que el accidente tuvo lugar por incumplimiento de las normas de seguridad], en obsequio al carácter sancionador de la medida, que no obedece a la misma razón de compensar sino al deseo de penalizar al causante del daño (STS Social 2.10.2000 [RJ 2000\9673] y 14.2.2001 [RJ 2001\2521]). No obstante, existen opiniones doctrinales encontradas sobre la naturaleza “punitiva” del recargo²⁵⁴ y recientemente se ha demostrado de modo convincente que en numerosas ocasiones cumple una función compensatoria.²⁵⁵

Siguiendo el criterio ya sentado por esta jurisprudencia, y que además es común a la mayoría de los países de nuestro entorno²⁵⁶, una futura reforma debería prever la posibilidad de llevar a cabo estas y otras deducciones y determinar cuáles deban ser sus presupuestos y sus límites. Ciertamente, la legislación de la Seguridad Social debería entonces incorporar también la regulación necesaria para obtener de las compañías aseguradoras el reembolso de las cantidades pagadas en los casos en que ello fuera procedente, de un modo parecido a como hace el art. 127.3 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, a favor de la Entidad Gestora, por las prestaciones sanitarias por ésta satisfechas al establecer una acción directa contra el causante del accidente o su asegurador de responsabilidad civil.

7.5. Daños morales

A) CLARIFICACIÓN DE LA TIPOLOGÍA DE DAÑOS MORALES

En los diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno existe una concepción y tipología muy variadas de los daños morales, que va de un extremo en el que se identifica el daño moral con el dolor (*pecunia doloris*,

practicar la deducción de las prestaciones sociales en casos de accidentes laborales.

254 Que originariamente operaba como un mecanismo resarcitorio tasado dirigido a sancionar la culpa adicional del empresario, cuya responsabilidad era objetiva pero cuantitativamente limitada. Vide Aurelio Desdentado Bonete, *Responsabilidades por los accidentes de trabajo: prestaciones de la Seguridad Social, recargo e indemnización civil adicional*, en Nuria Pumar Beltrán, *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2006, p. 59-77, p. 75.

255 Cf. Beatriz Fernández Gregoraci, *Recargo de las prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de “punitive damages”*, Anuario de Derecho Civil, 61, 2008, p. 113-146.

256 Vide Ulrich Magnus, *Comparative Report*, en Magnus (ed.), *The Impact of Social Security Law on Tort Law*, cit., p. 288 y ss.

Schmerzensgeld), a otro en el que se produce una diferenciación y especificación muy pormenorizadas (*préjudice physiologique, d'agrément, esthétique, sexuel, d'établissement, de contamination, etc.*).

Que el daño moral no se limita a indemnizar el dolor es un tema que se ha suscitado en relación con las víctimas que se encuentran en estado de coma, cuyo daño moral se indemniza en la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno a pesar de la tradicional objeción de que estas víctimas no sufren dolor ni son conscientes de la situación en la que se encuentran.

Una posible tipología básica del daño moral podría ser la que distingue entre:

(1) *Daño anatómico-funcional (o “daño fisiológico”)* (daño moral “objetivo”): Es el que resulta de una pérdida de integridad psicofísica. Su evaluación se basa fundamentalmente en dos parámetros:

(a) El porcentaje que representa esta pérdida anatómica-funcional en relación con la integridad física o psíquica de la víctima (del 0 al 100%).

(b) La edad de la víctima, que es un factor muy relevante: a menor edad, en principio, más tiempo vivirá la víctima con la pérdida.

El daño anatómico-funcional es el mismo para todas las personas (de la misma edad). Bajo este aspecto la pérdida de un dedo de una ama de casa, de un trabajador de la construcción o de un pianista famoso tiene el mismo valor (cuestión distinta será cuando analicemos el lucro cesante [daño patrimonial] que esta pérdida puede comportar).

Se trata de un daño médicamente evaluable, que puede determinarse a partir del informe de un médico evaluador. Este tipo de informe es muy importante para ayudar a objetivar este tipo de daños.

(2) *Pérdida de calidad de vida (loss of amenities of life, préjudice d'agrément + otros perjuicios particulares)* (daño moral «subjetivo»)

Bajo este concepto se pueden englobar toda una serie de perjuicios particulares (como los llamados “perjuicio estético”, “perjuicio sexual”, el daño causado por no poder practicar actividades específicas de ocio, el mayor esfuerzo que requiere realizar una determinada actividad (incluso laboral), los dolores excepcionales, etc.), que afectan la calidad de vida de la víctima. Son daños que el médico sólo puede constatar o explicar, pero no evaluar.

Aunque sean daños subjetivos, también aquí contribuye el médico evaluador a su objetivación, al permitir constatar su existencia y, cuando admiten gradación (como es el caso en el llamado “perjuicio estético”), su gravedad.

El principio de personalización de las indemnizaciones requiere que los criterios que se utilicen para su valoración económica tengan en cuenta las circunstancias particulares de la víctima que puedan ser relevantes en cada caso.

(3) *Daño moral puro*: Daño que no es susceptible ni de valoración ni de constatación médica (“aflicción”, “angustia”, “zozobra”), salvo que se convierta en una enfermedad. Para evitar situaciones de fraude, otros ordenamientos jurídicos, especialmente en el ámbito del *Common Law* (pero también en Alemania), en los casos de daños derivados de lesiones corporales sólo indemnizan esta partida cuando conlleva una enfermedad médicamente constatable, para lo que se toma a menudo como referencia el manual de trastornos mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría²⁵⁷. En la tradición de otros países, como Francia o España, este daño se indemniza tanto si se puede calificar como enfermedad o no. Son casos especialmente problemáticos, por ejemplo, la angustia por el miedo a una daño que, finalmente no se materializa, como en los casos de diagnósticos de “falsos positivos” (cf., por ejemplo, STS 3ª 30.1.2006 [RJ 2006\1456] y STS 19.7.2007 [RJ 2007\5143]), o los de shock nervioso de víctimas secundarias. En un sistema que pivota sobre la esencial función del médico evaluador, su prueba será difícil y, en un principio, se considerará que es el mismo para todas las víctimas y que, cuando haya un sistema de indemnizaciones básicas, puede encontrarse ya incluido en ellas.

B) LA RELEVANCIA RESIDUAL DE LA CONDUCTA DEL CAUSANTE EN LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

Los PETL señalan que en la cuantificación del daño moral “se tendrán en cuenta todas la circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño” y añaden que “[E]l grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo” (art. 10:301 (2) PETL). No existe pues, en principio ninguna razón para indemnizar más los daños causados con negligencia grave o dolo si éstos son los mismos que se producirían en caso de culpa, ya que la finalidad de la indemnización de daños es compensatoria (reparación integral) y no punitiva. No obstante, en el caso de daños morales

²⁵⁷ APA (American Psychiatric Association), DSM-IV-TR. *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales - IV - Texto revisado, 2001*, Barcelona, Elsevier-Masson, reimpresión 2009.

puros, es decir, aquellos que se refieren a sentimientos o sensaciones físicas o anímicas, como el dolor o la zozobra, parece claro que la conducta del agente puede contribuir a incrementar la gravedad del daño que la víctima sufre en este concepto. Por esa razón, porque la conducta intencional o gravemente culposa ejerce un impacto sobre la propia entidad del daño, incrementándolo, debe incrementarse también la indemnización.²⁵⁸

Este es un criterio que ya recoge nuestra jurisprudencia, como, por ejemplo, en la STS Sala Penal, 25.6.2008 (RJ 2008\3376), en relación con la valoración de una lesiones causadas durante una discusión entre jugadores de fútbol-sala al señalar que “la circunstancia de que la adecuación a las prescripciones del baremo, tomado como referencia, no haya sido plena, es una objeción aquí inatendible, pues sus previsiones tienen que ver con acciones de muy distinto tenor de la enjuiciada. Y es que, en efecto, desde el punto de vista de la afección moral no es lo mismo resultar víctima de un accidente propio de los del tráfico rodado que de una acción dolosa, reflexivamente orientada a causar daño. En este caso en una región anatómica [el rostro] como la del impacto. Así, es razonable que ese plus de gravedad y de gravamen se traduzca en un incremento del monto de la indemnización.”

258 De un modo análogo, Mariano Medina Crespo, *Bases concretas para una reforma conservadora del sistema valorativo*, RES N° 131 (2007), 271-296, p. 279.

EL EJERCICIO ANTE LOS TRIBUNALES DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: ANÁLISIS DE SUS FRONTERAS

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO. I. PLANTEAMIENTO GENERAL. 1. Responsabilidad contractual y extracontractual. 2. La distinción entre uno y otro tipo de responsabilidad en la jurisprudencia del TS. 3. El diferente régimen jurídico de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. 4. Las zonas grises o supuestos dudosos. – II. EL EJERCICIO ANTE LOS TRIBUNALES DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. 1. El difuso enfoque jurisprudencial del problema. 2. Posibles soluciones teóricas. 3. La configuración del objeto del proceso: el estado de la cuestión en la jurisprudencia. 4. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la incongruencia. 5. La configuración de la *causa petendi* en la LEC. 6. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos: litispendencia y cosa juzgada. 7. La prohibición de alterar el objeto del proceso: las alegaciones complementarias. 8. Responsabilidad civil: ¿una única acción o diversidad de acciones? 9. Acumulación de acciones y concurso de acciones. 10. El ejercicio ante los Tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual. 10.1. Supuestos en que no existen dudas sobre la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual. A) Actividad procesal de las partes. B) Facultades procesales del Tribunal. C) Posible solución. 10.2. Supuestos que pueden plantear dudas sobre la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual. A) Actividad

procesal del demandante. B) Facultades procesales del Tribunal. 10.3. Posibles consecuencias del mantenimiento de una actividad procesal equivocada. – III. INCUMPLIMIENTO DE DEUDA SOLIDARIA Y DAÑOS DE LOS QUE PUEDEN RESPONDER VARIOS SUJETOS SOLIDARIAMENTE. 1. Responsabilidad ante el incumplimiento de una deuda solidaria. 2. El *ius variandi* y la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario. 3. Intervención voluntaria e intervención provocada de otros deudores solidarios. 4. Las demandas individuales frente varios deudores solidarios y la posibilidad de sentencias contradictorias: litispendencia y cosa juzgada. 5. La ejecución de sentencia frente a los deudores solidarios. 6. Responsabilidad civil y solidaridad impropia. 7. Los efectos de la interrupción de la prescripción en la solidaridad impropia. – IV. REGLAS PROCESALES SOBRE LA PRUEBA: DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA AL CRITERIO DE LA FACILIDAD DE PROBATORIA. – V. LA LIMITACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN. 1. Las condenas *genéricas* al amparo de la regulación contenida en la LEC/1881. 2. Las condenas *genéricas* en la vigente LEC. – VI. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES POR DAÑOS. 1. Responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil *ex delicto*. 1.1. La responsabilidad del art. 1092 CC. 1.2. La prescripción de la acción civil derivada del delito. 2. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. 2.1. El problema de las jurisdicciones competentes. 2.2. Responsabilidad directa y objetiva de la Administración Pública y responsabilidad disciplinaria del funcionario. 2.3. La acción de regreso frente al funcionario que hubiere incurrido en dolo o culpa graves. 2.4. Posibilidad de que la Administración pública tenga concertado un seguro: la acción directa frente a la compañía aseguradora. 2.5. Posible responsabilidad penal del funcionario: problemática de la responsabilidad civil derivada del delito en estos casos. 3. Acciones derivadas de daños consecuencia de accidentes laborales. 3.1. Las razones para atribuir la competencia al orden jurisdiccional civil. 3.2. El criterio de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo y el enfoque del problema por la jurisdicción social. 3.3. Vacilaciones en la línea jurisprudencial de la Sala Primera. 3.4. La STS (Civil) de 15 de enero de 2008. 3.5. Consecuencias procesales de la jurisdicción electiva. 3.6. El problema de la retroactividad del nuevo criterio jurisprudencial de la STS (Civil) de 15 de enero de 2008. – VII. CONCLUSIONES. – VIII. RELACIÓN DE SENTENCIAS. – X. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

En sentido general la *responsabilidad contractual* aparece en los casos en que el deudor incumple una obligación preexistente, que nace de un contrato. En cambio, se habla de *responsabilidad extracontractual* cuando ésta se produce sin que exista ninguna relación obligatoria previa entre el causante del daño y la víctima, o con independencia de que exista o no exista dicha relación.

La presencia de dos regímenes diferentes de responsabilidad provoca ciertos problemas en aquellos supuestos concretos en que, dada una determinada hipótesis, podrían aplicarse tanto las reglas de la responsabilidad contractual (arts. 1091 y 1101 a 1107 CC) como las de la extracontractual (arts. 1093 y 1902 a 1910 CC). Son notables los esfuerzos doctrinales por delimitar qué normativa sustantiva debe aplicarse a tales supuestos que se encuentran en esta zona gris, de intersección, en la que pueden encontrarse elementos comunes a ambos tipos de responsabilidad¹. La publicación en 2000 de la nueva LEC no ha afectado, o lo ha hecho mínimamente, a estos aspectos sustantivos; pero sí obliga a replantear muchas otras cuestiones, de carácter procesal, que han venido a modificar la manera de afrontar viejos problemas y que tienen una importancia trascendental desde la perspectiva del ejercicio ante los Tribunales de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual. La LEC ha obligado a enfocar estos problemas en muchos casos de diferente manera, y ha provocado también que se

¹ Cfr. entre otros, los estudios de CAVANILLAS MÚGICA, S., «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Derecho sustantivo», en CAVANILLAS MÚGICA, S. – TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 1 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 79 y ss.; BLANCO GÓMEZ, J.J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 15 y ss, y «La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 3, 2004, pp. 4 y ss.; GARNICA MARTÍN, J.F., «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual Problemas de Derecho sustantivo y procesal», *Poder Judicial*, núm. 50, 1998, pp. 317 y ss.; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 32 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.P., «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en Derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BARROS BOURIE, E. – GARCÍA RUBIO, M.P. – MORALES MORENO, A.M., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 93 y ss; MORALES MORENO, A.M., «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», en BARROS BOURIE – GARCÍA RUBIO – MORALES MORENO, *Derecho de daños*, cit., pp. 198 y ss.; OSSORIO SERRANO, J.M., *Lecciones de Derecho de Daños*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 31 y ss.

modifiquen no pocos de los criterios que venía utilizando el TS.

El propósito de este trabajo es precisamente estudiar estos *otros* problemas, que tanta trascendencia tienen en el Derecho de Daños. Se trata, por tanto de analizar el tratamiento procesal de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, de abordar cuestiones como las de la jurisdicción competente para reclamar determinados daños, los límites a la ejecutabilidad de las sentencias condenatorias, la carga de la prueba y, sobre todo, el problema del objeto del proceso en cada caso (acumulación de acciones, congruencia de las sentencias, litispendencia, cosa juzgada). No pretendo con ello proporcionar la solución a cada uno de estos problemas (por lo demás, discutibles en muchos casos), sino al menos abrir vías para resolverlos y enfocarlos adecuadamente.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE UNO Y OTRO TIPO DE RESPONSABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS.

Desde hace tiempo, el Tribunal Supremo ha venido distinguiendo claramente entre ambos tipos de responsabilidad: contractual y extracontractual. Cabe citar en este sentido la STS (1ª) 3.5.1968 (RJ 1968\2738) donde se argumenta:

«la culpa consiste, bien en la omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, de la diligencia en las relaciones humanas, mediante cuya aplicación podría haberse evitado un resultado contrario a derecho y no querido –culpa extracontractual o aquiliana–, o bien en la acción u omisión voluntaria, asimismo realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación contractual; la primera representa un daño realizado con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico común a todos los hombres, de no dañar a otro (*alterum non laedere*); la segunda presupone una relación persistente –generalmente un contrato y de ahí su calificación de contractual –entre el autor del daño y la víctima del mismo».

Igualmente en muchas otras ocasiones ha precisado que cuando la infracción se produce por incumplimiento de obligaciones estrictamente contractuales, no es de aplicación la normativa reguladora de la culpa extracontractual. Puede citarse en este sentido la STS (1ª) 20.6.2006 (RJ 2006\4608):

«La acción de responsabilidad fundada en la culpa contractual tiene

un régimen jurídico distinto de la basada en la extracontractual, como derivadas de títulos y causas diferentes, aunque su finalidad última sea análoga, pues de una y de otra nace la responsabilidad que de estos dos supuestos resulta de los artículos 1101 y 1902 del CC. La responsabilidad contractual trae causa del incumplimiento de una relación obligatoria entre acreedor y deudor, que ordinariamente es un contrato, pero que puede ser una relación enmarcada en el área de cualquier servicio privado o público (...) o, en general (...), en cualquier otra relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento. La extracontractual deriva del principio general de no dañar a otro y se produce, por tanto, con total independencia de las posibles obligaciones contractuales o de otro tipo que existan entre las partes; diversidad reguladora que tiene especial importancia puesto que ambas originan acciones diferentes encontrando su principal diferencia en materia de prescripción, con plazos tan dispares de quince y un año, respectivamente, que tanto han distorsionado el sistema resarcitorio basado en una o en otra, y que supone que existiendo obligación derivada de contrato o de relación precedente análoga no haya que acudir a los artículos 1902 y 1903 CC, de la responsabilidad extracontractual»².

Pero al margen de este tipo de declaraciones generales, la jurisprudencia no ha tenido una línea definida sobre los límites y las conexiones entre uno y otro tipo de responsabilidad, o al menos puede decirse que la línea jurisprudencial del TS ha sido cambiante a lo largo de los años.

Se puede afirmar que en los años 60 y 70 la jurisprudencia del TS mantenía una doctrina clara sobre el particular, diferenciando claramente ambos regímenes de responsabilidad. Según se afirma en la STS (1^a) 26.4.1966 (*RJ* 1966\2164): «El art. 1902 CC consagra el principio de la responsabilidad aquiliana, que tiene carácter eminentemente extracontractual. De estar las partes ligadas por un contrato, es éste, con su fuerza obligatoria el que debe regir su cumplimiento, tanto voluntario como forzoso; por ello, la ley es fuente única de la responsabilidad, al paso que si existe pacto al respecto, es el consentimiento prestado y las cláusulas en que se refleja la fuente de las obligaciones a cumplir, y la ley sólo actúa en un

2 En este mismo sentido, entre las sentencias más citadas por la jurisprudencia posterior, tanto del TS, como de AP, destacan las STS (1^a) 30 diciembre 1980 (*RJ* 1980\4815); STS (1^a) 26 enero 1984 (*RJ* 1984\386); STS (1^a) 19 junio 1984 (*RJ* 1984\3250); STS (1^a) 4 junio 2004 (*RJ* 2004\3985). Vid. PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS 26.1.1984», *CCJC*, núm. 4, 1984, pp. 1257 y ss.

sentido “negativo” y de “prevención” prohibiendo que se estipule nada que sea contrario a ella (art. 1255), o “positivo” y “complementario”, en cuanto ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar las “consecuencias” de lo pactado (art. 1258)»³. Como afirma Díez-PICAZO, el contrato, además de ser una reglamentación de intereses que las partes efectúan, «puede contener no sólo las reglas sobre la diligencia a prestar (art. 1104 CC *in fine*), sino lo que es más importante, especial distribución de los riesgos y especiales definiciones de la responsabilidad. Por ello se puede decir que quien después de adoptar y aceptar este tipo de compromisos y las formas de distribuir el riesgo y la responsabilidad, acude, para fundar su demanda, a las reglas de la responsabilidad extracontractual, está haciendo algún tipo de trampas en el juego, que deben determinar la inadecuación de dicha demanda»⁴.

Para comprender la cuestión resulta interesante acudir al caso narrado por MONATERI, referido a una exhibición aérea con fines publicitarios que tuvo lugar en 1919 entre Milán y Venecia. Teniendo en cuenta las características de las pruebas, los organizadores habían contratado a varios periodistas que debían acompañar a los pilotos y escribir varios reportajes sobre el evento. En dichos contratos los periodistas habían firmado una cláusula por la que la organización excluía su responsabilidad en caso de accidente. A la altura de Verona uno de los biplanos se precipitó a tierra, falleciendo todos sus ocupantes. Tras una primera acción penal, que no prosperó, los herederos plantearon una acción civil de indemnización de daños frente a la organización, basada en responsabilidad extracontractual. La *Corte d'Appello* de Milán entendió que podía apreciarse tanto un incumplimiento contractual como un daño extracontractual, accediendo a la indemnización. En cambio la *Corte Suprema* casó la sentencia considerando que lo que existía era un incumplimiento dimanante del contrato, y que la existencia de la cláusula de exclusión de la responsabilidad, de acuerdo con la distribución de los riesgos que tuvieron a bien establecer las partes, no se podía dejar de lado acudiendo a las normas sobre responsabilidad extracontractual.

3 Seguidamente se añade: «por ello si se reclama en un pleito el cumplimiento de lo convenido, ni cabe rectamente basar la demanda en el art. 1902 CC, y por ello sin duda no aparece referencia a él entre los fundamentos de derecho de la que originó el presente pleito, ni citar con éxito en casación, para impugnar lo resuelto en la instancia, un precepto de tan evidente inaplicación al caso controvertido; de ahí que esta parte del motivo, al enfocar así la cuestión, la presenta como “nueva” en el terreno procesal y “extemporánea” en el aspecto sustantivo».

4 Cfr. Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 264; *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V, *La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, Madrid, 2011, p. 227.

tual⁵. En este caso el Juez podría haber aplicado las normas correctas si no hubieran sido acertadamente citadas por las partes, incluso servirse de normas no invocadas por las partes si consideraba que eran de aplicación al caso. Pero lo que no podía hacer era alterar los términos del debate, el fundamento jurídico de la acción.

El TS empieza a modificar este criterio, y a hablar de la *unidad de la culpa civil*, cuando se encuentra con demandas mal planteadas y entiende que en cada caso concreto lo que debe hacerse es favorecer a la víctima. Se afirma así que ambas acciones (por responsabilidad contractual y extracontractual) tienen *idéntica finalidad reparadora*. De esta manera, el TS no tiene especiales problemas para identificar uno y otro tipo de responsabilidad, como se hace en la STS (1ª) 19.6.1984 (RJ 1984\3250), en la que se afirma que no se opone a esta diferencia el que «existan puntos de coincidencia por cuanto, conforme al principio general de que quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de culpa o negligencia no referidas a vínculo antecedente, siempre queda constituido el dañador en sujeto de una obligación que responde a un principio común de derecho y a la *misma finalidad reparadora* comprendida en el concepto genérico que a la de indemnizar asigna el art. 1106 CC, originando esa *común finalidad reparadora* unas notas comunes entre ambas clases de culpa: la producción de un daño, la atribuibilidad del mismo a un sujeto y el deber de éste de resarcir»⁶.

De una manera parcialmente diferente, también nos encontramos con otra línea jurisprudencial en la que se afirma que no existe una clara separación entre ambos tipos de responsabilidad, porque la responsabilidad extracontractual, «por razón de su naturaleza, de su objeto y de los principios que consagra basados en la amplia regla del *alterum non laedere*, constituye la responsabilidad general y básica estatuida en el ordenamiento». Se llega así a la conclusión de que «no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente

5 Cfr. MONATERI, P.G., *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Cedam, Padova, 1989, pp. 146 y ss.

6 Vid. PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS 19.6.1984», *CCJC*, núm. 6, 1984, pp. 1869 y ss. En el mismo sentido la STS (1ª) 9 enero 1985 (RJ 1985\167); STS (1ª) 8 julio 1996 (RJ 1996\5663); STS (1ª) 12 mayo 1997 (RJ 1997\3835); STS (1ª) 9 junio 1997 (RJ 1997\4731); STS (1ª) 3 mayo 1999 (RJ 1999\3426); ATS (1ª) 20 marzo 2001 (JUR 2001\128262); ATS (1ª) 30 septiembre 2003 (JUR 2003\253393).

con exclusión de la aquiliana»⁷. Un enfoque similar aparece en aquellas sentencias que se apoyan en la unidad de la culpa civil, todo ello en favor de la víctima. Este es el caso de la STS (1ª) 12.5.1997(RJ 1997\3835):

«(...) tanto la culpa contractual como la extracontractual responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora de los daños y perjuicios causados a quien resulte perjudicado y esté legitimado para su reclamación, por lo que cuando un hecho dañoso viola una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber general de no dañar a otro, se produce yuxtaposición de responsabilidades, de las que surgen acciones distintas»⁸.

Teniendo en cuenta esta confusión entre ambos regímenes de responsabilidad, no puede extrañar que en muchos supuestos en que se provocan daños el TS hable de responsabilidad extracontractual aunque exista un vínculo contractual entre las partes⁹. Y en otras ocasiones se considera contractual la relación que se proyecta, por ejemplo, entre los integrantes de una comunidad de bienes, por la existencia entre ellos de un vínculo tácito o presunto¹⁰; o entre dos entidades bancarias diferentes porque con anterioridad a la producción de los perjuicios existían unas relaciones mercantiles de tipo obligacional cambiario, impuestas ya por los usos, ya por convenios tácitamente aceptados¹¹; o entre concesionarios de servicios públicos (de aguas, la mayor parte de las veces) y los usuarios de dichos servicios¹². No obstante, en otras ocasiones, la diversidad de criterios aparece reflejada en

7 STS (1ª) 9 marzo 1983 (RJ 1983\1463); STS (1ª) 5 julio 1983 (RJ 1983\4072); STS (1ª) 21 octubre 1988 (RJ 1988\8265).

8 En sentido parecido, STS (1ª) 18 febrero 1997 (RJ 1997\1240).

9 Así, a título de ejemplo, en la STS (1ª) 16 diciembre 1986 (RJ 1986\7447), se consideran extracontractuales los daños provocados por el hundimiento de la techumbre de una vivienda arrendada, debidos a que el arrendador no había realizado las obras necesarias.

Los daños en las mercancías transportadas son calificados como extracontractuales en la STS (1ª) 10 mayo 1984 (RJ 1984\2405). En el caso de daños provocados a viajeros se encuentran sentencias en ambos sentidos: extracontractual, por ejemplo, en la STS (1ª) 8 octubre 1988 (RJ 1988\7393).

Los daños producidos en el ámbito de una relación laboral se han considerado como extracontractuales, quizá más para atraer la competencia a la jurisdicción civil frente a la jurisdicción laboral. Así en las STS (1ª) 5 enero 1982 (RJ 1982\182); STS (1ª) 9 marzo 1983 (RJ 1983\1463); STS (1ª) 5 julio 1983 (RJ 1983\4072); STS (1ª) 21 octubre 1988 (RJ 1988\8265); STS (1ª) 13 octubre 1998 (RJ 1998\8373). En cambio se considera contractual en la STS (1ª) 11 febrero 2000 (RJ 2000\673), y a partir de la STS (1ª) 15 enero 2008 (RJ 2008\1394), que reconoce la competencia, no sin matizaciones, de la jurisdicción laboral, considerando contractuales los daños provocados por incumplimiento de los deberes de seguridad del empresario empleador.

10 STS (1ª) 9 julio 1984 (RJ 1984\3802); STS (1ª) 16 febrero 2006 (RJ 2006\888).

11 STS (1ª) 9 julio 1984 (RJ 1984\3802).

12 STS (1ª) 26 enero 1984 (RJ 1984\386); STS (1ª) 16 febrero 2006 (RJ 2006\888).

una figura contractual concreta. Así, a partir de la tantas veces citada STS (1ª) 3.10.1967 (*RJ* 1967\4986), en un supuesto de daños en transporte colectivo de personas, se considera que, aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del art. 1902 CC¹³.

Debe tenerse presente que, en muchas ocasiones, el verdadero motivo de fondo para considerar que estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual, aunque sea muy dudosa o no exista ninguna vinculación jurídica entre el causante del daño y el dañado, es el breve plazo de prescripción de un año que recoge el art. 1968.2º CC. De esta manera, teniendo en cuenta que los supuestos de responsabilidad contractual se rigen por el plazo de quince años previsto en el art. 1964 CC, se construye una artificial relación pseudo contractual para justificar la no prescripción de la acción. Los casos citados de daños provocados entre integrantes de una comunidad de bienes o entre entidades bancarias diferentes son un buen ejemplo de esta manera de enfocar las cosas.

Sin embargo, en otras ocasiones, y precisamente para conseguir que se indemnice al perjudicado, se intenta considerar que la responsabilidad es extracontractual en supuestos en que claramente media un contrato entre dañante y dañado. Así acontece cuando media un contrato de seguro, en cuyas pólizas es habitual que se excluyan expresamente de la cobertura los daños producidos por un incumplimiento contractual del asegurado. En la STS (1ª) 10.6.1991 (*RJ* 1991\4434) se discute sobre la indemnización de los daños sufridos por un menor en una estación de esquí por el descarrilamiento de unos cables del remonte mecánico. Aunque la Audiencia absolvió a la aseguradora por considerar que el daño procedía de un incumplimiento contractual (excluido de la póliza), el TS consideró que la responsabilidad de la estación de esquí tenía naturaleza contractual (con la exclusiva finalidad de conseguir la indemnización a favor del perjudicado). En cambio parece correcto el planteamiento de la STS (1ª) 4 febrero 2003 (*RJ* 2003\844) de excluir la indemnización de la aseguradora en un caso de responsabilidad del arrendador por destrucción del local en función del estado ruinoso de la techumbre, por tratarse de una responsabilidad clara-

13 STS (1ª) 30 diciembre 1980 (*RJ* 1980\4815); STS (1ª) 18 octubre 1983 (*RJ* 1983\5332); STS (1ª) 9 julio 1984 (*RJ* 1984\3802); STS (1ª) 10 junio 1991 (*RJ* 1991\4434); STS (1ª) 16 febrero 2006 (*RJ* 2006\888); STS (1ª) 20 junio 2006 (*RJ* 2006\4608).

mente contractual¹⁴.

Más recientemente se intenta fijar la frontera entre lo contractual y extracontractual en aquello que se encuentra dentro o fuera de la «rigurosa órbita de lo pactado», o si existe o no un «desarrollo del contenido negocial»¹⁵. Pero en estos casos, referidos todos ellos a accidentes de trabajo, lo que se encubre es un pronunciamiento favorable a la competencia de la jurisdicción civil frente a la jurisdicción social. Además, como destaca CARRASCO PERERA, este criterio no proporciona ninguna claridad «pues sustituye una dificultad técnico-jurídica por la dificultad de comprensión semántica de qué se entienda por “órbita” o “desarrollo”», de manera que, como argumento, puede justificar cualquier solución¹⁶.

3. EL DIFERENTE RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

Las diferencias y las similitudes o conexiones entre la responsabilidad contractual y extracontractual, desde el punto de vista sustantivo, han sido tradicionalmente materias discutidas. De la jurisprudencia del TS poco puede sacarse en conclusión en este punto, si tenemos en cuenta que ha estado guiada por la justicia del caso concreto a resolver. Podríamos destacar como diferencias más relevantes las siguientes.

a) *El diferente plazo de prescripción de las acciones*. La acción por responsabilidad contractual está sometido al plazo general de las acciones personales del art. 1964 CC, mientras que el plazo de la acción por responsabilidad extracontractual es de un año (art. 1968.2º CC). Esta diferencia de plazos es la que ha propiciado que la jurisprudencia adopte posturas de lo más dispares, en función de la justicia del caso concreto. Sería deseable una unificación de los plazos prescriptivos, aunque seguirían planteándose otros problemas en cuanto a los efectos de la interrupción (art. 1974 CC), y respecto a la manera de concretar el objeto del proceso por parte del actor.

b) *Posibilidad de resolución ante un incumplimiento contractual*. La

14 Vid, las consideraciones de REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales...», cit., pp. 141 y ss., y «Comentario a la STS 4.2.2003», *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1031 y ss.; y MARTÍNEZ MARTÍN, M., «Comentario a la STS 10.6.1991», *CCJC*, núm. 27, 1991, pp. 777 y ss.

15 STS (1ª) 5 enero 1982 (*RJ* 1982\182); STS (1ª) 9 marzo 1983 (*RJ* 1983\1463); STS (1ª) 5 julio 1983 (*RJ* 1983\4072); STS (1ª) 21 octubre 1988 (*RJ* 1988\8265); STS (1ª) 13 febrero 2003 (*RJ* 2003\1013).

16 Cfr. CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 926. Vid. además, BLANCO GÓMEZ, «La concurrencia...», cit., pp. 10 y ss.

posibilidad de resolver derivada del incumplimiento de un contrato se reconoce en el art. 1124 CC, mientras que ninguna resolución se puede plantear ante un hecho ilícito. Sin embargo, como destaca CARRASCO PERERA, esta diferencia pierde importancia en los casos en que el contrato agota sus efectos con la prestación dañosa, como ocurre en el contrato de servicios médicos, en los que no hay nada que resolver¹⁷.

c) *Cláusulas limitativas, restrictivas o exoneradoras de la responsabilidad*. La responsabilidad contractual admite este tipo de cláusulas, en tanto en cuanto sirven a las partes contratantes para realizar una distribución de los riesgos¹⁸. No obstante esta diferencia de régimen queda mitigada si se tiene en cuenta que no es admisible la exoneración en los casos de daños de naturaleza corporal. Además, debe tenerse en cuenta la posible consideración de estas cláusulas como nulas por abusivas en los términos previstos en los arts. 86.2 y 130 TRLGDCU¹⁹. En los casos en que se consideren admisibles estas cláusulas habrá que interpretar cual fue la voluntad de las partes. Como se ha destacado, una exención de responsabilidad por los daños sufridos en el bien objeto de la prestación no puede comportar sin más que la exención se extienda igualmente a los daños consecuenciales sufridos en otros bienes, como consecuencia de la falta de conformidad de la prestación²⁰.

d) *Responsabilidad por hecho ajeno*. En los casos de responsabilidad

17 Cfr. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 926.

18 Cfr. CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 85 y ss., y 119 y ss.; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pássim; GARCÍA RUBIO, «Restitución...», cit., pp. 100 y ss.; BARROS BOURIE, E., «Criterios de atribución de riesgos en materia contractual, un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», en BARROS BOURIE – GARCÍA RUBIO – MORALES MORENO, *Derecho de daños*, cit., pp. 142 y ss.; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pp. 18 y ss., y 29 y ss.; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 37 y ss.

19 El 86.2 TRLGDCU, que considera abusivas las cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél».

Dentro del régimen de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, regulado en el Libro III del TRLGDCU, su art. 130 dispone: «Son ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en este libro».

20 Cfr. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cit., p. 925.

REGLERO CAMPOS, F., «Conceptos generales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS, L.F (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, I, Parte General, 4ª ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 140, considera posible oponer las cláusulas de exoneración en los casos de demanda de reclamación de daños de naturaleza extracontractual, cuando se opte por esta vía aunque los daños tengan origen en un contrato. Tal interpretación me parece dudosa. Más adelante me ocuparé del problema desde el punto de procesal.

extracontractual por los daños causados por otra persona, de acuerdo con el régimen del art. 1903 CC, estamos ante una responsabilidad por culpa propia. De acuerdo con el último apartado del art. 1903, la responsabilidad de que trata este precepto «*cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*». Según MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, ello supone la posibilidad de exoneración si se prueba que no existió culpa, lo que distingue estos supuestos de los de responsabilidad contractual en que no cabe la misma (arts. 1563 CC y 21 LAU). Lo cierto es, como destacan los citados autores, que en la práctica jurisprudencial los responsables del art. 1903 CC encuentran serios impedimentos para que se admita la prueba exoneratoria de su diligencia, lo que casi equipara este régimen al de los supuestos de responsabilidad vicaria, que presupone la responsabilidad objetiva del principal por la conducta de sus dependientes²¹.

Otro tipo de diferencias, entiendo que son menos relevantes, como las relativas al tipo de responsabilidad que cubre un seguro de responsabilidad civil, que generalmente de manera expresa excluye la cobertura de la responsabilidad contractual, o se refiere a la responsabilidad derivada de la propia naturaleza del riesgo cubierto por el seguro²². Prescindo igualmente de posibles diferencias relativas a la prueba de la culpa o los grados de la misma: la jurisprudencia del TS sobre el tema resuelve en función de razones de justicia material. Además, frente a la teoría del riesgo y la tendencia objetivadora de la responsabilidad extracontractual mantenida durante años, desde 2005 se observa un claro regreso a la responsabilidad por culpa²³. Tampoco pueden apreciarse diferencias importantes en cuanto a la indemnización de los daños morales, que se aprecian más fácilmente en los casos de responsabilidad extracontractual: según la STS (1ª) 15.6.2010 (*RJ* 2010\5151), el deudor que incumple dolosamente el contrato debe indem-

21 Cfr. MARTÍN CASALS, M – SOLÉ FELIU, J., «Comentario a los arts 1902 a 1910 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2056. Vid. además, PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al art. 1903 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 2158

22 Las dudas pueden surgir en los casos en que no está claro si el daño causado por el asegurado proviene de un incumplimiento contractual o si estamos ante un daño extracontractual. En este sentido, son particularmente interesantes las STS (1ª) 10 junio 1991 (*RJ* 1991\4434); y STS (1ª) 4 febrero 2003 (*RJ* 2003\844). Vid. las consideraciones de REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales...», cit., pp. 141 y ss., y «Comentario a la STS 4.2.2003», *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1031 y ss.; y MARTÍNEZ MARTÍN, M., «Comentario a la STS 10.6.1991», *CCJC*, núm. 27, 1991, pp. 777 y ss.

23 Vid. las consideraciones que se hacen en la STS (1ª) 14 diciembre 2005 (*RJ* 2006\62).

nizar a la otra parte contratante el daño moral sufrido por ésta como consecuencia de su incumplimiento cuando el mismo tenga relevancia²⁴.

4. LAS ZONAS GRISES O SUPUESTOS DUDOSOS.

Como acabamos de ver, parece claro que, existiendo un contrato entre las partes, éstas pueden realizar una reglamentación de intereses en el seno del mismo, incluso expresando la diligencia exigible (ap. 2º del art. 1104 CC). Y pueden igualmente prever una especial distribución de riesgos a efectos de la responsabilidad en que pueden incurrir. No parece correcto en estos casos que uno de los contratantes acuda a las reglas de la responsabilidad extracontractual²⁵. A este respecto es muy clara la anteriormente citada STS (1ª) 26.4.1966 (RJ 1966\2164) «El art. 1902 CC consagra el principio de la responsabilidad aquiliana, que tiene carácter eminentemente extracontractual. De estar las partes ligadas por un contrato, es éste, con su fuerza obligatoria el que debe regir su cumplimiento, tanto voluntario como forzoso; por ello, la ley es fuente única de la responsabilidad, al paso que si existe pacto al respecto, es el consentimiento prestado y las cláusulas en que se refleja la fuente de las obligaciones a cumplir (...) por ello si se reclama en un pleito el cumplimiento de lo convenido, no cabe rectamente basar la demanda en el art. 1902 CC».

No obstante lo anterior, lo cierto es que podemos encontrarnos con zonas grises, con supuestos dudosos, en que no es seguro si estamos ante uno u otro tipo responsabilidad. A título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, cabe plantear algunos supuestos, parte de los cuales han llegado a los Tribunales:

a) Viajero con billete, que se despista y no se baja en la estación para la que había contratado el desplazamiento. Posteriormente sufre daños por un accidente en el trayecto excedido.

b) Supuestos de transporte por cortesía, en lo que un conductor provoca daños a la persona a la que aceptó transportar por razones de favor o

24 Se recoge en esta sentencia un criterio que ya se había sido sustentado en STS (1ª) 31.5.2000 (RJ 2000\5089), y STS (1ª) 19.7.2007 (RJ 2007\4692). Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «El dolo y la indemnización del daño moral», *Aranzadi Civil*, núm. 9/2011 (Comentario) [BIB 2010\2877].

Sobre los criterios para determinar cuándo un daño moral es de naturaleza contractual o extracontractual, CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cit., p. 928.

25 Cfr. DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 264; *Fundamentos...*, V, cit., p. 227.

de amistad²⁶.

c) Supuestos muy numerosos de daños que se producen una vez extinguido el contrato: daños en la estación, cuando el viajero ya ha descendido del medio de transporte; daños en el interior de un Hotel, cuando ya se ha pagado la cuenta. En todos estos casos debe entenderse que, si la prestación está cumplida y agotado el interés del acreedor, cualquier daño posterior no tiene naturaleza contractual, ya que el contrato aparecerá como relación ocasional con el mismo (viajero que ha llegado a su destino). Lo que ocurre es que en la práctica puede resultar difícil determinar cuándo una prestación puede considerarse agotada (como ocurre con la permanencia en el espacio físico de un hotel o de una estación de transporte)²⁷.

Los casos de violación de secretos industriales, de los que se hace uso una vez finalizada la relación contractual, será habitual que se prevean en el propio contrato, aunque, no existiendo previsión al respecto, su violación puede enmarcarse en el concepto de buena fe del art. 1258 CC, considerándose daños contractuales. En el supuesto resuelto por la STS (1ª) 14.10.1983(RJ 1983\5326) se trataba de una defraudación de los derechos de la propiedad intelectual por parte de una empresa que había editado más ejemplares de los que había hecho constar en el contrato de edición. La calificación de la responsabilidad depende de que la tirada se hubiera producido vigente el contrato de edición o tras su finalización²⁸.

d) Supuestos de resarcimiento del interés negativo en los casos de ineficacia del contrato, donde puede ser necesario diferenciar los casos en que la persona causante de la ineficacia sea uno de los contratantes o un tercero ajeno al contrato²⁹.

e) Los daños a terceros en contratos en que se contiene alguna estipulación a favor de tercero. En el caso de la STS (1ª) 13.12.1984 (RJ 1984\6111) el padre de la demandante había celebrado un contrato de abo-

26 Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad...*, cit., pp. 86 y ss.

27 Cfr. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cit., p. 927.

28 Como destaca BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, «Comentario a la STS 14.10.1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, p. 1000, «si los ejemplares no incluidos en el contrato de coedición se hubiesen realizado una vez extinguida la relación contractual entre las partes, la defraudación de la propiedad intelectual debería tener naturaleza extracontractual. Pero si los ejemplares de más se realizaron al mismo tiempo que los contratados (...), entonces creo que nos encontraríamos en un supuesto de responsabilidad contractual, es decir, de incumplimiento del contrato pactado entre las partes».

29 Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 574.

no con la Compañía Telefónica y a la vez un contrato de publicidad consistente en la inserción en las guías telefónicas de un texto que contenía su apellido (Ranera), aunque debía aparecer el nombre de su hija. Por un desafortunado baile de consonantes, el apellido atribuido a la hija tenía unas connotaciones peyorativas. Una vez fallecido el padre, y después de quince años, la hija plantea una demanda por la ofensa a su honor. El TS considera que en este caso no existe una verdadera estipulación a favor del tercero, ya que la actora es únicamente la destinataria de la prestación, pero sin facultad de exigirla. En este sentido, se entiende que no puede exigir la indemnización de daños y perjuicios sobre la base de un incumplimiento contractual, pero sí por la vía de la culpa extracontractual.

f) Daños consecuencia de la ruptura de negociaciones, cuando no se ha llegado a celebrar el contrato proyectado. Este caso, más que dudoso, está ausente de regulación legal, por lo que es susceptible de ser tratado como un caso de responsabilidad contractual o extracontractual³⁰.

Los supuestos dudosos son en realidad más numerosos de lo que aparentemente parece³¹. En realidad se podrían hacer tres grandes grupos:

30 La literatura jurídica sobre el particular es especialmente abundante. Vid. GARCÍA VALDECASAS, G., «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», *RDP*, 1962, pp. 31 y ss.; ALONSO PÉREZ, M., «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, pp. 859 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pássim, especialmente p. 53 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 93 y ss.; «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del Derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2010, pp. 1621 y ss.; MANZANARES SECADES, A., «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, 1984, pp. 687 y ss.; «Naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *ADC*, 1985, pp. 979 y ss.; MEDINA ALCOZ, M., «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *RDP*, núm. 3, 2005, pp. 79 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.P. – OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *InDret* 2/2010, pp. 1 y ss. (accesible en www.indret.com/code/getPdf.php?id=1373&pdf=731_es.pdf).

En principio parece que estos casos deberían ser enfocados en función de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad. No obstante, aunque no pueda considerarse determinante, se considera que la ley aplicable será la «que se habría aplicado al contrato si éste se hubiera celebrado», en el art. 12.1 del Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) [DOCE L 199/40, de 31 de julio de 2007].

31 Cfr. muchos otros casos en YZQUIERDO TOLSADA, «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación», *RCDI*, núm. 603, 1991, pp. 454 y ss., y *Sistema de responsabilidad...*, cit., pp. 85 y ss.; PUIG FERRIOL, L., «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 885 y ss.; VERDEIRA SERVER, R., *La responsabilidad civil del Notario*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 408 y ss.; REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales...», cit., pp. 146 y ss.; CRESPO MORA, M.C., *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 231 y ss.; OSSORIO SERRANO, *Lecciones...*, cit., pp. 33 y ss.

- a) Los supuestos que son realmente dudosos en cuanto a su calificación.
- b) Supuestos claros desde un punto de vista dogmático, pero en los que el TS admite la posible confluencia de ambos tipos de responsabilidad.
- c) Supuestos sin una regulación legal específica, cuya adscripción resulta discutida doctrinalmente (tal es el caso de la responsabilidad precontractual). Lo que aquí pretendo no es tanto proporcionar criterios seguros para delimitar con mayor o menor claridad cuándo existe responsabilidad contractual o extracontractual, sino analizar qué actividad procesal desplegar en estos casos en que existen dudas sobre si estamos ante uno u otro tipo de responsabilidad.

II. EL EJERCICIO ANTE LOS TRIBUNALES DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

1. EL DIFUSO ENFOQUE JURISPRUDENCIAL DEL PROBLEMA.

Como acabo de destacar existen muchos supuestos, que han llegado a los Tribunales, en que no es fácil dilucidar si estamos ante responsabilidad contractual o extracontractual, además de aquellos otros en que el propio TS entiende que existe responsabilidad extracontractual aunque exista un vínculo contractual entre las partes, o bien que la relación entre los causantes del daño se puede asimilar a la derivada de un contrato, aunque no tengan ninguna relación entre ellos.

En todos estos casos, no es difícil que el demandante incurra en error al calificar jurídicamente (como contractual o extracontractual) la acción de responsabilidad que postula ante los Tribunales. Por otro lado, es bastante frecuente que el propio demandado excepcione la incorrección de la acción esgrimida por el actor, alegando que se ha reclamado en ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual cuando debería ser contractual, o viceversa. Muchas veces este tipo de excepciones no dejan de ser un modo de articular la defensa, sin mayores matizaciones, pero en otras ocasiones esta manera de enfocar el problema condiciona la solución final del mismo.

Antes de la vigente LEC las soluciones sugeridas por la doctrina oscilaban en torno a considerar que existía una yuxtaposición de responsabili-

dades, o bien que la unidad de la culpa civil hacía irrelevante la cuestión, o que el perjudicado podía optar entre una u otra acción (de responsabilidad por incumplimiento contractual o de violación del principio general *alterum non laedere*), o se acudía a la doctrina del concurso de normas, etc. Lo cierto es que a la hora de defender uno u otro planteamiento se aprecia un claro desorden, o directamente se sugieren soluciones que son contradictorias.

La jurisprudencia tampoco ha sido un modelo de claridad, más bien preocupada de buscar la justicia del caso concreto (*rectius*, de conseguir que el dañado reciba una indemnización, con independencia del fundamento jurídico de la misma). En este sentido, son numerosas las sentencias que resumen toda su argumentación en el axioma de la *unidad de la culpa civil*. De esta manera, en los supuestos dudosos, o en los de concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, se pretende que los tribunales puedan resolver con arreglo a una u otra, aunque no hayan sido alegadas por la parte demandante, sin que ello implique incurrir en incongruencia, pues a través de los hechos se puede determinar el derecho aplicable. La tesis de la unidad de la culpa civil se corresponde exactamente con el aforismo *da mihi factum et dabo tibi ius*³².

Este argumento ha sido utilizada en diversos campos del Derecho de daños³³, pero es especialmente abundante en el caso de la responsabilidad

32 Son numerosos los autores que, desde diferentes perspectivas, han analizado el argumento de la unidad de la culpa civil. Vid. entre otros, LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 92 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad...*, cit., pp. 99 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, C.I., «Responsabilidad Sanitaria», en DÍAZ-ALABART, S. y ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 277 y ss., y «Responsabilidad civil médica», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, III. Parte especial segunda, 4ªed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 711 y ss.; SANTOS BRIZ, J., «Unidad del concepto de la culpa civil», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 587 y ss.; GARCÍA GARNICA, M.C., «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», en ORTI VALLEJO, A. (Dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 204 y ss.; RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Medicina satisfactiva», en ORTI VALLEJO, A. (Dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 286 y ss.; REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales...», cit., pp. 160 y ss.

33 Así, la STS (1ª) 1 febrero 1994 (RJ 1994\854), en un caso de sustracción de un vehículo del aparcamiento cubierto y vigilado de un Hotel, en el que estaba hospedado el usuario. Igualmente la STS (1ª) 9 octubre 2001 (RJ 2001\8731), en la que se solicitaba la realización de determinadas obras de relleno y construcción de los muros de la finca del actor.

médico-sanitaria³⁴. Cabe destacar en este sentido la STS (1ª) 30.3.2006 (RJ 2006\5291), en la que se afirma lo siguiente:

«Es doctrina jurisprudencial consolidada la de que el juzgador pueda intercambiar dichas acciones de responsabilidad contractual y extracontractual sin necesidad de incurrir en incongruencia, así por todas, las sentencias de 18 de febrero de 1997 y 8 de abril de 1999, dicen: “Conocidas son las dificultades (reconocidas doctrinalmente) de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que, en muchas ocasiones -como ocurre en el presente caso- tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el “petitum” indemnizatorio. Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o solo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia, por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La *causa petendi* que con el *petitum* configuran la pretensión procesal de define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico. La jurisprudencia de esta Sala se ha decantado en esta línea, conforme al concepto de unidad de culpa”»³⁵.

La doctrina ha sido bastante crítica, en general, con este planteamiento, por entender que el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia, por cambio en la *causa petendi*, si funda su decisión en causas distintas de las

34 Entre otras muchas, STS (1ª) 18 febrero 1997 (RJ 1997\1240); STS (1ª) 6 mayo 1998 (RJ 1998\2934); STS (1ª) 9 junio 1998 (RJ 1998\3717); STS (1ª) 18 junio 1998 (RJ 1998\5290); STS (1ª) 28 diciembre 1998 (RJ 1998\10161); STS (1ª) 10 noviembre 1999 (RJ 1999\8057); STS (1ª) 12 febrero 2000, (RJ 2000\820); STS (1ª) 11 diciembre 2001 (RJ 2002\2711).

35 Las sentencias citadas son la STS (1ª) 18 febrero 1997 (RJ 1997\1240); y la STS (1ª) 8 abril 1999 (RJ 1999\2660).

invocadas³⁶. Otros autores admiten la posibilidad de sostener el argumento de la unidad de la culpa civil, partiendo de un concepto procesal de la acción no confundible con su fundamentación en el derecho sustantivo³⁷. Incluso se ha afirmado que el principio de unidad de culpa se funda sobre el principio *iura novit curia*, consagrado en el artículo 1.7 del CC, de manera que los Tribunales no estarían vinculados por la calificación jurídica que los particulares hagan de los hechos³⁸.

Aparte de lo anterior, en muchos pronunciamientos jurisprudenciales late el problema de los plazos de prescripción de las acciones (quince años para la responsabilidad contractual, según el artículo 1964 CC; y un año para la responsabilidad extracontractual, de acuerdo con el artículo 1968.2 CC)³⁹. De esta manera, no es infrecuente que, ante la prescripción del plazo de un año del art. 1968.2 CC, se acuda al principio de la unidad de la culpa civil para sostener que la responsabilidad es a la vez contractual y extracontractual, y que no se ha producido la prescripción. Pero el propio TS mantiene lo contrario en otras ocasiones. Así, con relación a esta diferencia de plazos de prescripción, la STS (1ª) 12.2.2000 (RJ 2000\820) considera prescrita la acción de responsabilidad civil extracontractual, y se refiere a esos «*plazos tan dispares que, incomprensiblemente, se mantienen en nuestro Derecho Positivo y que, sin duda, producen una incesante polémica*» aplicatoria por las lógicas tensiones que emergen de las explicables aspiraciones de los afectados que ante el temor de padecer ese severísimo plazo anual, pretenden gozar del también desmesurado de quince años, suplantando con frecuencia acciones extracontractuales evidentes acomodaticias contractuales con la consiguiente diatriba de su acogimiento jurisprudencial, semilla, tal vez, de la discutible tesis de la unidad de culpa civil,

36 Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, «La concurrencia de responsabilidad...», cit., pp. 81 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., – «Comentario al artículo 1902 del CC», en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1977 y ss. DIEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, cit., p. 264, y *Fundamentos...*, V, cit., p. 227; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad...*, cit., pp. 100 y ss.; PLAZA PENADÉS, J., «Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria por contagio de VIH y VHC», *Práctica Derecho de Daños*, núm. 11, 2003, pp. 5 y ss.

37 Cfr. SANTOS BRIZ, «Unidad del concepto...», p. 604.

38 Cfr. PLAZA PENADÉS, J., *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 56 y ss.

39 Ello ha dado objeto a una abundante jurisprudencia sobre cuál debe ser el día inicial del cómputo, de manera especial en el caso de daños continuados. Vid. RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentario a la STS 29.6.2009», *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 875 y ss.; y LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre Derecho de Daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 83 y ss.

desvío que, acaso, pueda corregirse merced a la llamada “*tutela procesal unitaria de la culpa civil*”».

Esta misma manera de enfocar las cosas es la que aparece en la STS (1ª) 11.6.2001 (RJ 2001\5674), en la que se afirma:

«Es cierto que algunas sentencias de esta Sala han declarado la naturaleza contractual o análoga a la contractual entre la persona afiliada a la Seguridad Social y el centro hospitalario integrado en el sistema que le presta asistencia médica, y ello a efectos de tomar como plazo de prescripción de la acción de reclamación por daños el de quince años del artículo 1964 del CC (...) Pero no lo es menos, de un lado, que la inmensa mayoría de las sentencias de esta Sala que estudian la prescripción en casos semejantes al presente lo hacen dando por supuesto que el plazo a considerar es el de un año del artículo 1968.2.º del CC; y de otro, que resulta difícil sostener esa naturaleza contractual o análoga a la contractual desde la configuración constitucional de la Seguridad Social como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes (artículo 41 de la Constitución), lo que convierte a la Seguridad Social en una función del Estado y a su régimen en un régimen legal y público según la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 65/1987 y 37/1994, que a su vez citan otras anteriores). Precisamente (...) se ha dictado por esta Sala la sentencia de 12 de febrero de 2000 considerando “incontestable” la prescripción de un año por constituir en el caso examinado la relación del enfermo con el Servicio Andaluz de Salud una “relación jurídico-pública (...) distinta en su conformación técnica de la genuina contractual”. No puede decirse por tanto que la naturaleza contractual de la relación y la consiguiente aplicabilidad del plazo de prescripción de quince años constituyan verdadera jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 del CC, y de ahí que se considere aquí y ahora más correctamente aplicable el plazo de un año del artículo 1968.2.º del CC, lo que supone descartar el argumento de refuerzo con base en el cual rechazó también el tribunal de instancia la prescripción de la acción».

Como se puede ver los argumentos del TS son unos u otros dependiendo de las circunstancias. Pero además, encontramos pronunciamientos en que se pretende hacer tal acopio de argumentación, que se incurre en graves contradicciones e incongruencias de carácter procesal. Un ejemplo

(y no es el único) lo tenemos en la STS (1ª) 18.2.1997 (RJ 1997\1240), en la que se parte de la dificultad existente para deslindar el ámbito de la responsabilidad contractual y la extracontractual. A raíz de ello, se apoya en la teoría de la sustanciación, en función de la cual la *causa petendi* viene definida por los hechos y no por la fundamentación jurídica, de manera que el Tribunal no incurre en incongruencia si emplea unos fundamentos jurídicos diferentes a los proporcionados por las partes. Como argumentos que pueden apoyar este enfoque se acude a la unidad de la culpa civil y, además, a la existencia de una yuxtaposición de responsabilidades, lo que supone una contradicción pues, si hay unidad de la culpa civil, no pueden existir dos acciones, sino una única acción (con unidad normativa o con normas en concurso); y si se mantiene la yuxtaposición de responsabilidades, hay dos acciones distintas, que se podrán ejercitar o no individualmente o de forma acumula, alternativamente o subsidiariamente. Finalmente, esta misma sentencia fundamenta el fallo en la aplicación de *«las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible»*. Todo lo cual es imposible que se pueda dar a la vez, porque no pueden coexistir simultáneamente el concurso de normas y la acumulación de acciones: o hay una única acción que puede encontrar su sustento en diferentes preceptos jurídicos, o hay dos acciones cuyo ejercicio de acumula⁴⁰.

A ésta y otro tipo de resoluciones similares es a lo que Díez-PICAZO denomina «fórmulas compendiosas», entendiendo por tales aquellas fundamentaciones jurídicas de sentencias en las que «un conjunto heterogéneo de soluciones posibles en sede teórica se amalgaman, confusamente, sin permitir comprender que cada una de ellas conduce, en puridad, a soluciones distintas»⁴¹.

40 En un sentido parecido se mezclan la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades en la STS (1ª) 12 de mayo de 1997 (RJ 1997\3835), en la que se afirma: *«tanto la culpa contractual como la extracontractual responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora de los daños y perjuicios causados a quien resulte perjudicado y esté legitimado para su reclamación, por lo que cuando un hecho dañoso viola una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber general de no dañar a otro, se produce yuxtaposición de responsabilidades, de las que surgen acciones distintas. Ahora bien éstas pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra»*.

41 Cfr. Díez-PICAZO, *Derecho de Daños*, cit., p. 267. En p. 268 añade: «Naturalmente, estas fórmulas compendiosas son acientíficas, poseen un componente de carácter retórico o argumentativo y no terminan de perfilar lo que puede ser el punto de vista dominante, todo ello sin perder de vista que, al menos en ocasiones, los criterios reunidos en la fórmula compendiosa son entre sí contradictorios». El autor reitera literalmente

2. POSIBLES SOLUCIONES TEÓRICAS.

A la hora de afrontar los problemas reflejados con anterioridad y, en concreto, el de la posible concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, doctrina y jurisprudencia han ido barajando varias soluciones posibles sobre la base de diferentes teorías⁴²:

Teoría negativa: Niega que la responsabilidad contractual y la extracontractual puedan superponerse o coexistir sobre un mismo hecho. Y de darse tal superposición, la responsabilidad contractual prevalecería sobre la extracontractual por ser aquélla especial, frente a ésta que tendría un carácter más general⁴³.

Teoría del concurso o de la opción: Cuando un hecho generador del daño constituye simultáneamente violación del contrato e infracción de un deber general, la víctima puede escoger entre el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual y la extracontractual. Se produce aquí una yuxtaposición de responsabilidades, surgiendo acciones distintas⁴⁴.

Teoría de la unidad de la culpa civil: Se parte de la imposibilidad o de la dificultad existente para distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual. Y así, se concluye que, si el objeto y finalidad última de las normas sobre responsabilidad es la indemnización del daño, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no está justificada. Se debe reparar el daño en todo caso, con independencia de que haya acaecido en el marco de una relación contractual o no. La mayor parte de las veces que se utiliza esta teoría por los Tribunales, se trata de solventar los errores cometidos por el actor en la calificación jurídica, o de salvar la tacha de incongruencia, o simplemente de aducir razones de justicia material (que puede considerarse lo más habitual)⁴⁵.

este criterio en *Fundamentos...*, V, cit., p. 231.

42 Cfr. DIEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, cit., pp. 262 y ss., y *Fundamentos...*, V, cit., pp. 225 y ss.; ORTI VALLEJO, A., «La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios», en ORTI VALLEJO, A. (Dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 36 y ss.

43 Este es el planteamiento que, de una u otra manera, aparece en las STS (1ª) 30 diciembre 1980 (*RJ* 1980\4815); STS (1ª) 26 enero 1984 (*RJ* 1984\386); STS (1ª) 19 junio 1984 (*RJ* 1984\3250); STS (1ª) 4 junio 2004 (*RJ* 2004\3985); STS (1ª) 20 junio 2006 (*RJ* 2006\4608).

44 Como ejemplo de este argumentación, pueden verse las STS (1ª) 12 mayo 1997 (*RJ* 1997\3835); STS (1ª) 9 junio 1997 (*RJ* 1997\4731).

45 Como ejemplo, entre otras muchas, pueden verse las STS (1ª) 1 febrero 1994 (*RJ* 1994\854); STS (1ª) 18 febrero 1997 (*RJ* 1997\1240); STS (1ª) 8 abril 1999 (*RJ* 1999\2660); STS (1ª) 12 febrero 2000, (*RJ*

Con independencia de la postura que parezca más defendible, en cualquiera de los casos se hace necesario coordinar adecuadamente los aspectos puramente sustantivos con los aspectos procesales.

- 1) Si se mantiene la teoría de la *unidad de la culpa civil*, procesalmente sólo cabe hablar de la existencia de una única acción, aunque pueda hablarse de un concurso de normas (concurren distintos fundamentos jurídicos sobre unos mismos hechos, amparados en varias normas, pero sobre la base de una única acción).
- 2) Si se opta por la teoría de la *yuxtaposición de responsabilidades*, el dañado se encuentra propiamente con un concurso de acciones (para unos mismos hechos, la ley establece un mismo efecto o resultado, que puede obtenerse por dos vías). El demandante podría indistintamente optar por una u otra acción (contractual o extracontractual), o bien acumular ambas acciones de forma alternativa o subsidiaria (salvando el carácter único de la indemnización).
- 3) Si se sigue la *teoría negativa*, nunca cabe hablar de una única acción, pues siempre hay dos diferenciadas. Y tampoco cabría hablar de posibilidad de opción. No existe ni concurso de normas ni concurso de acciones.

Desde un punto de vista dogmático las anteriores puntualizaciones parecen claras, pero procesalmente todo depende de cómo se configure la *causa petendi*, pues es necesario determinar si las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual tienen sus tres elementos identificadores iguales (sujetos, petición y causa de pedir), lo que nos llevaría a afirmar que estamos ante una única acción con normas en concurso; o por el contrario si alguno de esos tres elementos es distinto, lo que nos llevaría a afirmar que se trata de acciones diversas, aunque conexas.

3. LA CONFIGURACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.

El punto VI de la Exposición de Motivos de la LEC pone claramente de relieve que la nueva ley se sigue inspirando en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, y que los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, «a

2000\820); STS (1ª) 9 octubre 2001(RJ 2001\8731); STS (1ª) 11 diciembre 2001(RJ 2002\2711); STS (1ª) 30 marzo 2006 (RJ 2006\5291).

los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso». Como consecuencia de lo anterior se afirma:

«Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Esta inspiración fundamental del proceso —excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción— no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir.»

Antes de centrarnos en el articulado de la LEC, su Exposición de Motivos pone ya claramente de relieve que no es suficiente con que el perjudicado se limite a aportar y probar los hechos en virtud de los cuales solicita su pretensión, sino que debe plantear una concreta fundamentación jurídica. Ello supone inclinarse por la teoría de la individualización en lugar de la teoría de la sustanciación⁴⁶. En términos generales la teoría de la sustanciación, que ha sido la mayoritaria del TS hasta fechas recientes, consiste en afirmar que la *causa petendi* está constituida únicamente por los hechos sobre los que se funda la pretensión, sin que tenga importancia la fundamentación jurídica, e incluso sin que exista ésta. Esta teoría se identifica plenamente con el aforismo *da mihi factum et dabo tibi ius*, o con una manera muy laxa de entender el principio *iura novit curia*⁴⁷.

Un supuesto paradigmático en el que se aplica esta postura es el resuelto en la STS (1ª) 28.5.1985 (RJ 1985\2818), en un caso de responsabilidad por daños derivados de la reparación defectuosa de un vehículo, de la que se discute si fue la causa determinante de que éste se incendiara. Tratándose de un supuesto claro de responsabilidad contractual, la demanda se articula en torno a la responsabilidad extracontractual. El TS considera que no está vinculado por la calificación jurídica de las partes y decide en función del aforismo *da mihi factum et dabo tibi ius*, con la siguiente argumentación:

46 Un resumen de las diferencias entre la teoría de la sustanciación y la de la individualización puede verse en STS (1ª) 28 junio 2010 (RJ 2010\5417).

47 En este sentido, la STS (1ª) 1 junio 1991 (RJ 1991\4405), afirma: «La doctrina de la sustanciación, que sigue a esta Sala, permite que extraída la esencia de los hechos se apliquen los principios *da mihi factum, dabo tibi ius* y *iura novit curia*».

«en el caso de litis la demanda tiene como *causa petendi*, o, presupuesto fáctico de la pretensión actuada, el hecho de que el demandado reparase deficientemente el coche de la actora, reparación defectuosa que, a su entender, fue la causa determinante del incendio del vehículo, por lo que si el órgano jurisdiccional no queda vinculado por las alegaciones o fundamentos jurídicos del actor en virtud de los principios *da mihi factum, dabo tibi ius* y *jura novit curia*, ni procede el recurso de casación contra los considerandos de la sentencia, carece de trascendencia que tanto en la demanda como en la sentencia recurrida pueda haberse sufrido error en la elección de la norma aplicable al caso debatido, siempre que la parte dispositiva, en armonía con la pretensión ejercitada, deba mantenerse por otros fundamentos jurídicos, en este caso por aplicación de los arts. 1101 y ss. del CC que imponen al deudor el deber de indemnizar cuando en el cumplimiento de sus obligaciones haya emitido la diligencia que le era exigible derivada de la naturaleza de la obligación contraída».

En otras ocasiones, el TS rechaza la posible tacha de incongruencia afirmando directamente que la *causa petendi* viene determinada por los hechos narrados por las partes y no por la fundamentación jurídica que aleguen. Así sucede en la STS (1^a) 13.10.1986 (RJ 1986\5787), en la que la parte actora, arrendadora de un local de negocio, basa su pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios (por la vía de los arts. 1902 y 1903 CC) en la negligencia del arrendatario de dicho local, por descuido en el almacenamiento de cartones y trapos, descuido al que se atribuye el desencadenamiento de un incendio que causó graves daños. La Audiencia y el TS resuelven de acuerdo con las normas de responsabilidad contractual de los arts. 1563, 1564 y 1568 CC, afirmando:

«aunque la argumentación de la demanda, en sus fundamentos de derecho, vaya por el camino de la culpa extracontractual, la sentencia impugnada, que aprecia culpa contractual, no es incongruente, ya que la base de hecho de la demanda se refiere expresamente a la culpa del arrendatario en el cumplimiento de sus deberes y *es esa base de hecho y el suplico y no la fundamentación jurídica la que determina la congruencia de la resolución judicial –principio jurídico de la teoría de la sustanciación en la demanda y de la libre búsqueda y aplicación de la norma por los tribunales (...)*–, lo que hace decaer el primer motivo del recurso basado en la incongruencia».

Como se puede ver, en la teoría de la sustanciación la fundamentación de la demanda no es otra cosa que la relación de hechos aportada por el actor al proceso como título de justificación de su afirmación jurídica y como base de su pretensión. Es esta exposición de los hechos constitutivos lo que configurara la *causa petendi*. De manera categórica se pronuncia en este sentido la STS (1ª) 13.12.1996 (RJ 1996\8978): «*La causa de pedir no es la fundamentación jurídica de la demanda, sino los acontecimientos de la vida en que se apoya: es el fundamento histórico de la acción*»⁴⁸.

Frente a este planteamiento, la teoría de la individualización considera que la fundamentación de la demanda radica en la exposición de la relación jurídica (individualizada por el actor) que apoya su pretensión. Si la *causa petendi* se encuentra en los fundamentos jurídicos de que el actor ha dotado a su pretensión, cualquier alteración de ese fundamento, implica una modificación del debate procesal, y supone incurrir en incongruencia y provocar indefensión en el demandado. Si se sigue la postura de la *sustanciación*, lo único decisivo son los hechos: mientras éstos no se modifiquen no se altera la causa de pedir. No hay ningún obstáculo para que la parte use unos u otros fundamentos jurídicos (pues su finalidad no es otra que ilustrar al Juez), pudiendo a su voluntad variarlos a lo largo del proceso sin que se produzca *mutatio libelli*. Igualmente, el Juez podría usar esos fundamentos suministrados por la parte u otros distintos, sin que el cambio de los mismos implicara cambio de acción ni generara incongruencia. En cambio, si se sigue la teoría de la *individualización*, lo decisivo es el título jurídico que se aplica a esos hechos. Así pues, la fundamentación jurídica individualiza la pretensión, por lo que la parte no puede cambiarla a lo largo del proceso, dado que se produciría la *mutatio libelli*. El Juez debe usar el fundamento suministrado por la parte, y no otro distinto, ya que la modificación del mismo supondría cambio de la acción. Pero esa vinculación del Juez o Tribunal al fundamento jurídico de la parte no impide que pueda, dado que conoce las normas (*iura novit curia*), aplicar las normas acertadas cuando no hayan sido correctamente citadas o alegadas por los litigantes⁴⁹.

48 En el mismo sentido, con anterioridad, las STS (1ª) 24 marzo 1987 (RJ 1987\1720); STS (1ª) 26 mayo 1988 (RJ 1988\4335); STS (1ª) 3 febrero 1989 (RJ 1989\659).

49 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 52 y ss.; TORIBIOS FUENTES, F., «El ejercicio de las acciones de responsabilidad civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Práctica Derecho de Daños*, núm. 23, 2005, pp. 14 y ss.; ORTI VALLEJO, «La cuestión...», cit., pp. 52 y ss.; BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad civil por daños causados en el suministro eléctrico*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 39 y ss.

Sigue este planteamiento la STS (1ª) 20.7.1994 (RJ 1994\5553), aunque denomine equívocadamente la teoría que asume: cuando afirma: «No puede olvidarse que en nuestro Derecho prevalece la teoría de la sustanciación (*sic*) de la demanda, conforme a la cual *el relato fáctico debe concretar según circunstancias fácticas determinadas en cohesión con la fundamentación, las razones jurídicas de pedir, por lo que no es indiferente que* descrito un contrato de compraventa como título que permite con la entrega la transmisión del dominio, *pueda, variándose el título o la razón jurídica, llegarse a un fallo* que admitiera el reconocimiento de un contrato apto para la transmisión del dominio, aunque éste no fuera la compraventa. Esta posibilidad de acuerdo con los términos en que está formulada la demanda y el *petitum* no cabe por respeto a la unidad del objeto del proceso». En idéntico sentido puede citarse la STS (1ª) 29.4.1977 (RJ 1977\1698), en la que se afirma que el principio de congruencia obliga a los Tribunales a acomodar sus decisiones con las cuestiones de hecho y derecho que los litigantes sometan a su conocimiento, sin mutar la causa de pedir, ni transformar el problema objeto de debate en otro distinto, pues ello dejaría indefensa a una de las partes.⁵⁰

Opta igualmente por la teoría de la individualización la STS (1ª) 26.5.1995 (RJ 1995\4129) en la que se entiende que existe incongruencia y alteración de la causa de pedir en una acción contra un ayuntamiento por funcionamiento anormal de un servicio público, pasando después a la culpa extracontractual y terminando por acciones de enriquecimiento injusto, pretendiendo que todas ellas desemboquen en una indemnización de daños y perjuicios:

«(...) aunque en nuestro derecho prime la teoría de la sustanciación, han de respetarse el principio dispositivo, el derecho de defensa del

50 En concreto, se afirma: «consecuencia del carácter rogado de la jurisdicción civil, es el principio de congruencia que el art. 359 LEC proclama y que obliga, en estricta observancia del mismo, a que en toda sentencia exista conformidad entre su parte dispositiva y la pretensión o pretensiones deducidas en el momento procesal oportuno, *resolviendo sobre todos los puntos litigiosos pero sin ampliar la decisión a extremos no controvertidos, es decir, que el fallo de la sentencia ha de guardar sustancial acatamiento a lo solicitado y a los hechos en que la pretensión tenga su fundamento, sin que en ningún caso sea lícito al Juzgador modificar éstos, resolver en forma distinta a la solicitada por las partes, ni modificar la razón o causa de pedir o la naturaleza de la acción ejercitada*, pues resulta necesariamente obligada, como consecuencia de la observancia de ese principio de congruencia, la *existencia de la debida correlación y concordancia entre la parte dispositiva de la sentencia decisoria del pleito y las pretensiones deducidas por los litigantes*, incurriéndose, por tanto, en incongruencia, tanto cuando se otorga cosa distinta a lo solicitado, como cuando se hacen declaraciones no interesadas o se resuelve de diferente modo a como se solicitó y en base de razón o causa de pedir que no es la que se utilizó al quedar válidamente constituida la relación jurídico-procesal, *acogiendo la súplica de la demanda por causa jurídica esencialmente diversa a la que fue alegada y controvertida en la litis*».

demandado y las reglas sobre congruencia sin que la «causa petendi» pueda entenderse sólo como un relato histórico de hechos, pues éstos sirven para individualizar, fundamentándola, la pretensión que se actúa (...) única forma de entender las exigencias del art. 1252 CC sobre la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, no bastando que se busque un arbitrario enlace en el relato, por lo que mal puede decirse que no hay *mutatio libelli* cuando se actúa contra el Ayuntamiento por un funcionamiento normal o anormal de un servicio público (véase fundamentación de la demanda) después se pasa a la culpa extracontractual o aquiliana del art. 1902 y se termina por unas acciones de accesión o enriquecimiento injusto, pretendiendo que todas pueden desembocar en indemnización de daños y perjuicios, cosa no permitida ni al demandante ni al Juzgado, cambiando aquél su posición jurídica para seguir las tesis de éste por la circunstancia de haberle sido favorable, ya que el juez no puede variar los términos del debate, ni introducir en el mismo puntos no alegados ni discutidos, pues de hacerlo estaría fallando en su sentencia y bajo una aparente cobertura del principio *iura novit curia*, sin concordar en sus decisiones las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes sometieron a su conocimiento, alterando la causa de pedir y transformando el problema planteado en otro distinto, ya que, en caso contrario, quedarían alguno o ambos contendientes sin la posibilidad de rebatir los argumentos de sus adversarios ni de practicar prueba acerca de los mismos, con la consiguiente indefensión».⁵¹

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA INCONGRUENCIA. Frente al diverso enfoque del problema por la jurisprudencia del TS,

51 En sentido parecido, la STS (1ª) 7 abril 2004 (RJ 2004\2053). En esta Sentencia el TS, tras referirse a la *causa de pedir* como fundamento de la acción, afirma que la Audiencia se apartó de la misma para resolver y lo hizo en base a una culpa de carácter contractual, lo que resulta inadmisibles y genera la incongruencia de la sentencia. Sorprende la interpretación que realiza, comentando esta sentencia, SALAS CARCELLER, A., «La causa de pedir en las acciones sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de culpa contractual o extracontractual», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 21/2004 (accesible en BIB 2004\1667), pp. 1 y ss. A su juicio, lo que debe hacerse es no fundamentar jurídicamente la acción. En concreto afirma: «en aquellos supuestos en que cabe dudar si la procedencia de la indemnización ha de nacer de culpa extracontractual o contractual, el planteamiento del actor ha de referirse exclusivamente, según la anterior doctrina, a los hechos de que nace la responsabilidad, sin calificarla de contractual o de extracontractual, con la finalidad de que sea el propio juzgador quien determine la existencia de una u otra; o, en su caso, ha de citarse la procedencia de cualquiera de esas clases de culpa, con carácter alternativo o subsidiario, a efectos de que el demandado pueda defenderse respecto de ambas».

en función de la justicia del caso concreto, el Tribunal Constitucional ha mantenido siempre una línea clara en cuanto a la congruencia de las sentencias. La doctrina del TC, a partir de la STC 520/1982, 5 de mayo de 1982, reiterada en muchas resoluciones posteriores, ha precisado la posible vulneración del art. 24 CE que en algunas especiales situaciones se ocasiona ante una actuación judicial originada por incongruencia jurídico-procesal y material, que afecta al derecho de defensa. Según se afirma en dicha sentencia:

«La congruencia de las sentencias, que, como un requisito de las mismas establece el art. 359 LEC/1881, se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida. *Cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de la defensa, pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, y sólo en esos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae. Puede por esto ocurrir que al alterarse en la sentencia los términos del litigio la condena se produzca sin que se le haya dado a las partes oportunidad de defenderse sobre los nuevos términos en que el Tribunal coloca el asunto.*

La congruencia o incongruencia de una sentencia ha de estimarse mediante la confrontación de la parte dispositiva con los términos en que en las demandas o en los escritos fundamentales del pleito se configuran las acciones o las excepciones ejercitadas. Por ello hay que tener en cuenta que *la acción no es sólo el resultado que el litigante pretende obtener* –lo que pide al Tribunal–, *sino también el fundamento jurídico en virtud del cual pide o “causa petendi”*. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que, así como no puede la sentencia rebasar la extensión de lo pedido, según prescribe el clásico aforismo según el cual “ne est iudex ultra petitum partium”, no puede tampoco modificar la causa de pedir y a través de ella llevar a cabo una alteración de la acción ejercitada, pues

si, ejercitada una acción y producida una defensa frente a ella, estimara el Tribunal otra acción diferente, tal sentencia se habría dictado sin verdadera contradicción y sin que en el punto objeto de la resolución hubiera existido debate ni defensa. Por eso dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1974 que no puede pretenderse bajo el principio “iura novit curia” que el Tribunal pueda cambiar la acción ejercitada»⁵².

Entre las sentencias que afectan a los problemas aquí planteados, destaca sin duda la STC 177/1985, de 18 de diciembre, que se refiere directamente al problema de la incongruencia y hace las siguientes afirmaciones:

«la congruencia de las sentencias (...) se determina por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva, y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones en la demanda y en los escritos esenciales del proceso; configurando las acciones y excepciones ejercitadas, no pudiéndose otorgar en la sentencia más de lo pedido, ni menos de lo aceptado por el demandado, ni conceder cosa diferente de lo pretendido, encajándose también en dicha lesiva práctica, la desviación que suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, que represente por su contenido una vulneración del principio de contradicción y, por lo tanto, del fundamental derecho de defensa, resolviéndose el litigio, con alteración en la Sentencia de los términos en que se desarrolló el debate contradictorio, sin dar a la parte desfavorecida con la decisión, la oportunidad de defenderse sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*, ya que el debate previo debe establecerse en toda su amplitud ante las partes para que puedan ejercer el derecho fundamental de defensa, pues sólo en términos absolutos dialécticos resultan justos y aceptables el desarrollo del proceso y su decisión final; no resultando posible variar la acción ejercitada, tanto en el sentido de tener que coincidir con lo que se solicita del Tribunal, sino tampoco *cuando se altera el fundamento jurídico que la nutra, y que es la razón porque se*

52 No obstante, en esta sentencia se incurre en cierta contradicción cuando igualmente se afirma: «La doctrina sobre la congruencia, que según lo dicho puede en algunas especiales ocasiones determinar una violación del artículo 24 de la Constitución, por inobservancia del derecho de defensa, es perfectamente compatible con el principio tradicional según el cual “iura novit curia”. Los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo “iura novit curia” les autoriza para ello».

pide o “causa petendi”, la cual no puede ser objeto de modificación, porque de efectuarse tal mutación se cambia la acción ejercitada por el Tribunal de oficio que habría dictado una resolución sin verdadera contradicción y sin que en el punto objeto de la misma hubiera existido debate y defensa; siendo, sin embargo, admisible por no afectar a la congruencia, utilizar el principio tradicional del cambio del punto de vista jurídico por el Juez o Tribunal, expresado en los axiomas “iura novit curia” y “narra mihi factum, dabo tibi ius”, que permiten a aquéllos, al motivar sus Sentencias, no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes, pudiendo apoyarse en razones de carácter jurídico distintas, pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas, sin que en ningún supuesto pueda admitirse que aplicando el principio de referencia el órgano judicial pueda cambiar la acción ejercitada; por lo que en definitiva cabe admitir el empleo por los Jueces y Magistrados de distinta argumentación jurídica que la utilizada por las partes, para resolver sobre las pretensiones o excepciones ejercitadas en el proceso, pero en absoluto variar el fundamento jurídico en virtud del cual se pide, o sea, la “causa petendi”».

Merece la pena destacarse, además, el contenido de la STC 77/1986, de 12 junio de 1986, reiterado en muchas otras posteriores, en el sentido de que la incongruencia no supone necesariamente una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que sólo se producirá esta vulneración cuando se ocasione una situación de indefensión, por entrañar la decisión un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en el proceso respecto de las cuales, en consecuencia, no haya existido la necesaria contradicción:

«La incongruencia que se produce cuando no se observa la norma antedicha, con la generalidad con que acaba de ser descrita, constituye vicio de la Sentencia que permite su impugnación por la vía de los recursos ordinarios y en su caso del recurso extraordinario de casación ante los órganos superiores en el orden jerárquico del que ha sentenciado. Sin embargo, ese vicio de la Sentencia no se transforma necesariamente por sí solo en vulneración de los derechos de carácter fundamental que reconoce el art. 24 de la Constitución, pues el derecho a la tutela judicial efectiva, entendido como derecho a una Sentencia de fondo motivada o fundada en derecho o a una resolución sobre

admisión igualmente fundada, que conllevan la prestación de actividad jurisdiccional que el ciudadano puede reclamar, queda con ello satisfecho. Por esta razón, como este Tribunal ha tenido ocasión de proclamar, *la incongruencia de una Sentencia sólo entra en conexión con los derechos reconocidos por el art. 24 cuando pueda encontrarse en el asunto*, además de incongruencia de la Sentencia, *la situación de indefensión que el art. 24.1 de la Constitución prohíbe, por entrañar la decisión, un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en el proceso* respecto de las cuales, en consecuencia, no haya existido la necesaria contradicción»⁵³.

La más reciente STC 91/2010, de 15 noviembre, amplía algo más esta argumentación, destacando que, para que la incongruencia adquiera relevancia constitucional, y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones suponga una *modificación sustancial del objeto procesal*, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio. Es decir, que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales⁵⁴.

53 En este mismo sentido, con posterioridad, STC 125/1989, de 12 julio; STC 95/1990, de 23 mayo; STC 124/1992, de 28 de septiembre; STC 9/1998, de 13 enero; STC 182/2000, de 10 julio; STC 139/2004, de 19 julio; STC 194/2005, de 18 julio; STC 262/2005, de 24 octubre; STC 264/2005, de 24 octubre; STC 40/2006, de 13 febrero; STC 285/2006, de 9 octubre; STC 560/2007, de 12 marzo; STC 132/2007, de 4 junio; STC 44/2008, de 10 marzo; STC 83/2009, de 25 de mayo.

54 Merece la pena transcribir toda la argumentación: «El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y *petitum*). Ciñéndonos a estos últimos, *la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre*, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*; y, en relación con la incongruencia *extra petita* hemos dicho que «el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, *para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se*

5. LA CONFIGURACIÓN DE LA CAUSA PETENDI EN LA LEC.

A mi juicio, como se deduce ya de su Exposición de Motivos, la LEC se inclina decididamente por la teoría de la individualización. Tal afirmación requiere analizar el articulado de la misma para ver cómo se configura la *causa petendi* y en qué medida ésta condiciona la actuación de Jueces y Tribunales.

En el fundamento de toda pretensión siempre vamos a encontrar un elemento fáctico y otro jurídico. En este sentido, el art. 399.1 LEC, cuando se refiere a la demanda y su contenido, alude entre las cargas que tiene el actor: «*se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida*». Como destaca DE LA OLIVA, la *causa petendi* o fundamento de pedir viene conformado por un elemento fáctico y un elemento jurídico. El elemento fáctico está constituido por el relato de los hechos, subsumibles en la norma jurídica. El elemento jurídico no es, o no es solamente, la concreta norma que pueda resultar aplicable, sino que está formado a su vez por dos subelementos. Por un lado, el *enfoque o título jurídico*, es decir, la calificación jurídica, *fundamento jurídico*, o razonamiento jurídico, que no es más que el conjunto de consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela solicitada sea esa y no otra distinta. Y, por otro, el *elemento puramente normativo* de esa calificación o punto de vista jurídico, o *fundamentación*, es decir, las simples citas legales que apoyan la calificación jurídica⁵⁵.

Lo que ahora interesa destacar es que de estos dos subelementos, el único que conforma la libertad del Tribunal recogida en el *iura novit curia* (o su equivalente *da mihi factum et dabo tibi ius*) es el que hemos calificado de elemento puramente normativo: las citas legales en que se apoya la

requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales».

55 Cfr. DE LA OLIVA, *Objeto del proceso...*, cit., pp. 51 y ss., y 75 y ss. En contra, BLANCO GÓMEZ, «La concurrencia...», cit., pp. 16 y ss., y, con anterioridad a la vigente LEC, PANTALEÓN, «Comentario al art. 1902 CC», cit., pp. 1978 y ss.; y DE ÁNGEL Y ÁGUEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 41 y ss.

calificación jurídica hecha por el actor. Por ello es preciso distinguir entre el auténtico *fundamento* de la pretensión (el denominado enfoque o título jurídico) y la simple *fundamentación* (el elemento puramente normativo). En definitiva, el Tribunal debe atenerse a los hechos y al fundamento o título jurídico esgrimidos, aunque es libre de aplicar las citas legales utilizadas para justificar la pretensión⁵⁶. Esto es lo que consagra el ap. 2º del art. 218 LEC cuando dice: «El tribunal, *sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer*, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes»⁵⁷.

El legislador ha sido especialmente claro en este punto: el principio *iura novit curia* no permite al Tribunal apartarse del fundamento jurídico que se ha hecho valer por las partes. No obstante, cuando el art. 218.1 LEC dispone que *resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*, como pone de relieve DE LA OLIVA, lo que está concediendo es un margen de libertad referido sólo al elemento puramente normativo. En este sentido, sí sería posible, por ejemplo: a) Modificar la cita errónea de una o varias normas positivas, cuando de lo alegado y pedido se desprenda si duda cuál es la norma o conjunto de normas que se quieren hacer valer. b) Suplir la omisión de la invocación de una norma jurídica cuando está claro que el litigante apoya en ella su pretensión. c) Corregir la errónea calificación de un negocio jurídico, si de lo alegado es posible deducir de qué negocio se trata. d) Suplir el error cometido al calificar jurídicamente un hecho, cuando lo que se alega y pide permite conocer el fundamento jurídico en que quiere el litigante apoyar su pretensión. e) Corregir, salvar o suplir las contradicciones internas, confusiones o errores en la fundamentación jurídica, siempre y cuando sea posible determinar, por los hechos alegados, la pretensión que se formula y por los argumentos jurídicos expuestos, cuál es el

56 Cfr. TORIBIOS FUENTES, «El ejercicio...», cit., pp. 15 y ss.

57 Como destaca DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, R., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (arts. 99 a 247), Comares, Granada, 2003, p. 248, el juzgador ha de resolver con arreglo a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes, pues no cabe confundir los fundamentos jurídicos de las pretensiones deducidas en el proceso con los fundamentos legales del fallo, por lo que el Tribunal aplicará las normas que estime adecuadas, aunque las partes no las hayan alegado o sean distintas de las que estimen de aplicación al caso, pero sin que ello signifique «que el juez pueda prescindir de la fundamentación jurídica esgrimida por las partes cuando suponga modificar los términos del debate».

fundamento de la pretensión⁵⁸. A estos casos podrían añadirse otros, como la cita de normas derogadas, o de normas vigentes, cuando por razones de Derecho transitorio son otras las disposiciones aplicables. En todos ellos el Tribunal, sin apartarse del fundamento jurídico de la causa de pedir, puede aplicar el derecho que conoce. A esto se reduce el *iura novit curia*. Lo que no puede hacer el Tribunal es variar la calificación jurídica o fundamento jurídico, es decir, el enfoque o razonamiento jurídico que la parte ha hecho valer, ya que se podría privar a la otra parte, sorprendiéndola, de toda posibilidad de defensa, y se la causaría indefensión. Como destaca BARCELÓ DOMÉNECH, «si la acción se ejercita con base en una determinada normativa y el Juez o Tribunal resuelve con aplicación de otra distinta, con un plazo de prescripción y régimen jurídico diferente, *es clara la indefensión de la parte demandada, que no tuvo oportunidad de debatir, ni de defenderse, a propósito de tan sustancial cambio del punto de vista jurídico*»⁵⁹.

Frente a esta opinión, y entiendo que por cierta inercia respecto a la parquedad de la anterior ley rituaria, otro sector doctrinal considera que las cosas funcionan todavía de manera diferente. El principal argumento que se utiliza es el contenido del art. 399.4 LEC. Según este precepto: «*En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador; jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo*».

Sobre la base de este precepto, se sostiene que la vigente LEC asume la tesis de la sustanciación en la determinación de la *causa petendi*, argumentando que el artículo 399.4, al aludir a la expresión en la demanda de los fundamentos de derecho, se limita a exigir en su exposición una adecuada separación de las alegaciones jurídicas formuladas, pero no que tengan que se necesariamente acertadas. Se entiende así que los fundamentos de derecho no vinculan al Juez. En este sentido, FAIRÉN GUILLÉN considera que la LEC sigue la teoría de la sustanciación en cuanto al valor de los hechos

58 Cfr. DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA SANTOS, A. – DIEZ-PICAZO JIMENEZ, I. – VEGAS TORRES, J. – BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 386 y ss.

59 Cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad civil...*, cit., p. 43 (la cursiva es mía).

para crear la causa de pedir. En su opinión, ello queda claro con la lectura del art. 218 LEC del que se deduce que las normas jurídicas alegadas por las partes no vinculan al Tribunal, el cual elegirá las «acertadas»⁶⁰. Otros autores, como BLANCO LÓPEZ, consideran que el precepto clave es el art. 399.4 LEC, que no exige que las alegaciones jurídicas formuladas necesariamente hayan de ser exhaustivas y acertadas, por lo que no vinculan al Tribunal, que en virtud de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum et dabo tibi ius*, estaría facultado para aplicar las normas jurídicas que crea más adecuadas⁶¹. Desde otra perspectiva se ha defendido que la unidad de la culpa civil tiene un enfoque distinto desde el punto de vista sustantivo y procesal. De esta distinción se pretende concluir que una acción puede ser diferente desde una perspectiva civil y ser la misma en sentido procesal, por lo que es indiferente que el demandante funde su acción en la culpa contractual o extracontractual, porque ello no vincula al juez⁶².

A mi juicio, este planteamiento no resulta en la actualidad admisible, sino que parece más bien que el legislador se inclina por la teoría de la individualización, sobre todo si se analiza la regla preclusiva que consagra el art. 400 LEC a los efectos de un nuevo proceso. Según el art. 400.1 LEC: «Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior». Dicho precepto debe interpretarse en consonancia con lo que prevé, a efectos de la exhaustividad y congruencia de las sentencias el art. 281.2 LEC: «El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

60 Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 123 y ss. Un planteamiento similar es el que ofrece MONTERO AROCA en MONTERO AROCA, J. – GÓMEZ COLOMER, J.L.: – MONTÓN REDONDO, A. – BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional. II, Proceso Civil*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 200 y ss.

Debe tenerse presente, como seguidamente desarrollaré, que si se acepta la teoría de la sustanciación de las demandas ordinarias, dicho planteamiento repercute sobre los límites del denominado cambio de demanda.

61 Cfr. BLANCO LÓPEZ, J., en GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. – LARENA BELDARRAIN, J. (Dir.), *El proceso civil. Parte general. El juicio verbal y el juicio ordinario*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p.187.

62 Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, 2003, pp. 46 y ss.

De lo anterior cabe deducir lo siguiente.

A) *El Tribunal queda vinculado por los hechos alegados por las partes y por los fundamentos de derecho que se hayan hecho valer o se hayan querido hacer valer.* En caso contrario, se incurre en incongruencia pues se estaría acudiendo a hechos y fundamentos jurídicos deferentes.

Como destaca TAPIA FERNÁNDEZ la congruencia es la necesidad de ajuste de la respuesta del Tribunal a la acción ejercitada sin que se admita variación⁶³. A ello se refiere igualmente DE LA OLIVA cuando destaca que la congruencia requiere la adecuación de la sentencia a las pretensiones de las partes, o la correlación entre las peticiones de tutela y los pronunciamientos del fallo, o la armonía entre lo solicitado y decidido⁶⁴. Congruencia y exhaustividad no son términos coincidentes. La exhaustividad es la necesidad de que la sentencia decida «*todos los puntos litigiosos* que hayan sido objeto de debate» (art. 218.1 LEC)⁶⁵. La congruencia es la necesidad de que el Tribunal se ajuste a la acción ejercitada. No obstante, la exigencia de motivación respecto de los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, así como la introducción en el ap. 2º del art. 218.1 LEC de una expresa referencia a la *causa de pedir*, parecen reforzar las más modernas teorías que sostienen que los términos de comparación para determinar si la sentencia es o no incongruente son, no tanto las pretensiones de las partes y el fallo, sino la actividad de las partes (pretensión procesal, causa de pedir y hechos constitutivos, tal y como hayan quedado configurados al precluir la fase alegatoria, con las posibilidades de transformación de demanda legalmente reconocidas, así

63 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, I., La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Derecho procesal», en CAVANILLAS MÚGICA, S- – TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 268.

64 Cfr. DE LA OLIVA, DE LA OLIVA SANTOS, A. – DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 50 y ss.; REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales...», cit., pp. 215 y ss.

65 No obstante en ocasiones el TC se refiere a la exhaustividad como una tipo de incongruencia, a la que denomina *omisiva*. Cfr. RIBELLES ARELLANO, J.M., «Comentario al art. 218 LEC», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel – RIFÁ SOLER, José María – VALLAS GOMBAU, José Francisco (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Iurgium, Barcelona, 2000, pp. 829 y ss. Cfr. STC 39/2010, de 19 julio (RTC 2010\39); STC 140/2010, de 21 de diciembre 2010 (RTC 2010\140).

Desde esta perspectiva, tendríamos los siguientes tipos de incongruencia: a) Incongruencia omisiva, o *ex silentio*, o falta de exhaustividad: es la omisión de pronunciamiento. b) Incongruencia por *ultra petitum* o exceso: cuando se concede más de lo pedido. c) Incongruencia por *extra petitum*: se concede algo distinto de lo pedido. d) Presunta incongruencia por *infra* o *citra petitum*: atiende a la concesión de menos de lo pedido.

como las excepciones opuestas por el demandado y los actos dispositivos que las partes hayan realizado sobre el objeto procesal) y, por otro lado, la actividad del Tribunal (no sólo la parte dispositiva, sino, en ocasiones, las razones por las que esa parte dispositiva contiene un determinado pronunciamiento)⁶⁶.

Si tenemos en cuenta que el art. 218.1 LEC es prácticamente una copia literal del art. 359 LEC/1881, podemos asumir el planteamiento tantas veces reiterado por el TC, al que aludí con anterioridad, en cuanto a que la incongruencia de una sentencia sólo entra en conexión con los derechos reconocidos por el art. 24 CE cuando pueda encontrarse en el asunto, además de la incongruencia de dicha sentencia, «la situación de indefensión que el art. 24.1 de la Constitución prohíbe, por entrañar la decisión, un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en el proceso respecto de las cuales, en consecuencia, no haya existido la necesaria contradicción»⁶⁷. Más propiamente, como se pone de relieve en la STC 91/2010, de 15 noviembre, habría lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones suponga una *modificación sustancial del objeto procesal*, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio. Ello implica que la decisión judicial recaiga sobre materias no debatidas oportunamente en el proceso, respecto de las cuales las partes no hayan tenido la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que consideraran adecuadas a su pretensión. Como se afirma en esta sentencia, «el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y *petitum*). Cifñendonos a estos últimos, *la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre*, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni

66 Cfr. URUEÑA GUTIÉRREZ, L., «Actuación y recusación de jueces, magistrados y otras personas. Las actuaciones judiciales. Tasación de costas. El principio de buena fe procesal», en CABAÑAS GARCÍA, J.C. (Coord.), *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Trivium, Madrid, 2000, pp. 238 y ss.

67 Así se reitera desde la STC 77/1986, de 12 junio. En el mismo sentido, entre las más recientes, STC 560/2007, de 12 marzo; STC 132/2007, de 4 junio; STC 44/2008, de 10 de marzo; STC 83/2009, de 25 mayo.

de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*».

Tal y como es entendida la congruencia por el TC, necesariamente debe ser puesta en relación con el principio dispositivo y el principio de aportación de parte. Sobre ello se insiste en la Exposición de Motivos de la LEC como fundamento de la nueva regulación. Desde esta perspectiva es necesario determinar con exactitud los elementos de correlación para apreciar si existe o no incongruencia. Siguiendo la exposición de MONTERO AROCA, cabe destacar que tradicionalmente lo que se ha mantenido es que esta correlación debe producirse entre las pretensiones de las partes y la parte dispositiva de la sentencia. Sin embargo, en la actualidad este planteamiento se considera claramente insuficiente porque no cabe incluir en el mismo todos los supuestos posibles. Por ello, lo que se viene a mantener es que dicha correlación debe producirse entre la actividad de las partes y la actividad del Tribunal⁶⁸.

Cuando se habla de la *actividad de las partes* se está haciendo referencia a lo siguiente: a) Al actor: la pretensión procesal, incluyendo en consecuencia tanto la petición como la causa de pedir. b) Al demandado: las excepciones materiales opuestas por el mismo. c) A ambas partes: los actos de disposición previstos en los arts. 19 y ss. LEC, referidos al objeto del proceso (allanamiento, transacción, etc.) y al proceso mismo (desistimiento).

Cuando se habla de la *actividad del Tribunal* se está aludiendo a la sentencia, pero no sólo a la parte dispositiva de la misma, ya que si la congruencia ha de referirse a la causa de pedir, también ha de incluir la sentencia la causa de estimar o desestimar la petición de la parte y esto se contiene en la fundamentación.

De lo anterior, como recoge la mayor parte de la doctrina, se deriva que la pretensión determina el objeto del proceso, y que la sentencia debe referirse a él en su doble componente: petición y *causa petendi*⁶⁹. Por lo

68 Cfr. MONTERO AROCA, en MONTERO – GÓMEZ COLOMER – MONTÓN – BARONA, *Derecho Jurisdiccional*, II, cit., pp.131 y ss.

69 Cfr., entre otros, GUASP, J. – ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción, Parte General y Procesos Declarativos Ordinarios*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2002, pp. 507 y ss.; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, 10ª ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 448 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. – GIMENO SENDRA, V – MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 5ª ed, Colex, Madrid, 2003, 347 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, en DE LA OLIVA – Díez-PICAZO – VEGAS TORRES – BANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 234 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., «Comentario al art. 421 LEC», en LORCA NAVARRETE, A.M. (Dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Coord. *Comentarios a la Nueva*

que se refiere a la *petición* se puede afirmar que hay incongruencia si el Tribunal otorga más de lo pedido o algo distinto de lo pedido (sobre ello, ya hemos analizado el criterio mantenido por el TC). En cuanto a la *causa petendi*, existirá incongruencia cuando el Tribunal otorgue algo por causa distinta de lo pedido, porque la sentencia decidirá sobre algo distinto a la pretensión ejercitada⁷⁰.

A la cuestión se refiere expresamente la STS (1ª) 9.3.2011 (*RJ*: 2011/2760), en la que se intenta por varias vías incorporar como parte de un contrato a quien no lo había sido. Se trata de un caso en el que una empresa compra a otra una determinada máquina para fabricar bombones, cuyo fabricante era una sociedad suiza. La máquina fue instalada por la vendedora y según la demandante había sufrido una serie de averías desde su instalación. La compradora demandó a la sociedad suiza a través de una acción de responsabilidad extracontractual, por considerar que había incumplido sus obligaciones derivadas del contrato de venta. La demandada mantenía que no había celebrado ningún contrato con la empresa compradora, y que tampoco la empresa vendedora era su agente, sino un simple distribuidor que compraba sus productos para revenderlos. En todas las instancias se rechaza la demanda por considerar que no cabe hablar de responsabilidad contractual de quien no había sido parte en el contrato. En casación se reclama frente a la sociedad suiza de una manera diferente, ejercitando ahora una acción de responsabilidad *extracontractual*, y el TS realiza las siguientes consideraciones: «Todo el planteamiento de este motivo genera una cuestión nueva, al intentar imputar a (*la sociedad suiza*) una responsabilidad extracontractual, por la vía del abuso del derecho, cuestión que al mismo tiempo no se formula correctamente desde el punto de vista de la definición de la propia institución. Ciertamente el abuso del derecho genera la obligación de responder, pero siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el propio art. 7.2 CC, que aquí no concurren, porque no se acierta a comprender cómo puede (*la sociedad suiza*) haber traspasado “los límites normales del ejercicio” de su derecho cuando actuaba de acuerdo con las condiciones pactadas contractualmente con su distribuidora (...) y además no había asumido ninguna obligación frente al recurrente, al no ser parte del contrato». Por otro lado, según se destaca más adelante: «Además, esta

Ley de Enjuiciamiento Civil, II, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2134 y ss.

70 Cfr. DE LA OLIVA, *Objeto del proceso...*, cit., pp. 69 y ss.

cuestión aparece planteada por primera vez en el presente recurso, por lo que también por esta razón debe rechazarse este motivo».

B) Aparte de lo anterior, *el Tribunal debe resolver «conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes»* (art. 218.1 LEC). En este punto sí que tiene aplicación el principio *iura novit curia*. El Tribunal no puede cambiar el título jurídico esgrimido por las partes, porque en caso contrario incurriría en incongruencia, pero lo que sí puede hacer es aplicar las normas que conoce, aunque se hubieran alegado erróneamente por las partes, siempre que no modifique el verdadero fundamento de la pretensión.

Como afirma DE LA OLIVA, el Tribunal no está vinculado por el *modo* en que las partes fundamenten sus pretensiones. Está vinculado por el *fundamento* pero no por la *fundamentación*, y esta última incluye no sólo la forma de presentar los argumentos, sino los concretos elementos jurídicos aducidos: los preceptos legales y los principios jurídicos citados, y el entendimiento que de ellos se hace, así como la doctrina jurisprudencial aducida y su pretendida interpretación. En definitiva, el principio *iura novit curia* significa que el Tribunal puede y debe aplicar el Derecho que conoce, de la manera que estime más acertada, pero siempre que se atenga a la causa de pedir, es decir, al genuino fundamento (no a la fundamentación) de la pretensión⁷¹.

Resulta especialmente clarificadora a este respecto la SAP Barcelona 13.11.2001 (*JUR* 2002\20520), en la que literalmente se afirma que la LEC «ha supuesto una notable variación en orden a los requisitos integrantes de la demanda, los límites del principio *iura novit curia* y, por extensión, en lo relativo a la determinación de los efectos y alcance de la cosa juzgada. Más allá de su adscripción a alguna de las teorías clásicas concernientes a la determinación del objeto del proceso civil, el legislador procesal de 2000 –y así lo subraya en la exposición de motivos de aquella Ley– pretende resolver los problemas prácticos que originaba esa cuestión bajo la ley procesal anterior, y guiado por dos criterios fundamentales (la necesidad de seguridad jurídica y la tendencia a que un asunto litigioso sea zanjado en un solo proceso), establece una serie de reglas de importancia capital, fruto de las cuales puede llegar a afirmarse que en la actualidad la “causa petendi” de las demandas comprende tanto elementos fácticos como jurídicos (...).

71 Cfr. DE LA OLIVA, *Objeto del proceso...*, cit., pp. 69 y ss.

La LEC pone freno a esa tendencia (*se refiere a la máxima expansión del principio contenido en el aforismo “iura novit curia”*) de un doble modo: en primer lugar, prohibiendo al juez so pena de incongruencia que resuelva el fondo del asunto acudiendo a fundamentos de derecho -que no necesariamente normas jurídicas- distintos de “los que las partes hayan querido hacer valer”; en segundo lugar, extendiendo la cosa juzgada material de un proceso a todos los fundamentos y títulos jurídicos que pudieran haber sido invocados al tiempo de interponer la demanda, aunque no lo hubieran sido efectivamente (arts. 218.1, 222.2 y 400)».

En el caso resuelto por esta sentencia los actores se limitaban a expresar en la demanda presentada que se formulaba «*en reclamación de derecho*», sin invocación de precepto alguno o de título jurídico, y a solicitar la condena: la reparación del pavimento del local de los actores o, subsidiariamente, el abono del coste (el de dicha reparación, a cuyo efecto se acompañaba el contrato de compraventa del local, y un informe del arquitecto demostrativo de roturas generalizadas en las baldosas del pavimento del local, motivadas por la falta de juntas de dilatación). En el acto de la vista del juicio verbal la parte actora se limitó a ratificarse en la demanda. Y sólo ante la alegación defensiva de caducidad (sin citar art. 1490 CC) que formuló la sociedad demandada, la actora especificó que fundamentaba el tema «en la imperfección existente en el local; (...) no existe caducidad; (...) se entiende que el plazo es de quince años». Ni la parte demandada denunció, ni el Juez advirtió de oficio, defecto legal en el modo de proponer la demanda (arts. 416.1.5ª y 424 LEC). El Juez considera por ello que ambas partes habían identificado la acción como de saneamiento por vicio oculto frente a su transmitente. Aunque no había existido invocación de norma concreta, se entiende que ello no es obstáculo para que el juez seleccione la norma correspondiente (art. 1490 CC) reguladora del fundamento jurídico expresamente ejercitado por la demandada, en el que se aludía a la *imperfección existente en el local*.

El Juez admite que, como hipótesis, se podría haber entendido que los compradores demandantes ejercitaban una acción de resolución de la compraventa por inhabilidad absoluta del objeto, pero ni la trascendencia menor de los defectos apreciados en el local (su reparación era de 400.000 pts. y el inmueble había costado más de 8.000.000 pts.), ni la propia configuración del *petitum* (se pedía indirectamente una rebaja proporcional del precio, no la resolución del contrato), permitían afirmar que se perseguía el efecto pro-

pio de un incumplimiento esencial del vendedor. La manera de plantear el recurso es todavía más confusa porque los demandantes recurrentes alegan que en realidad ejercitaban la acción de responsabilidad por ruina del art. 1591 CC, que era el motivo por el que, según se afirmaba, quedaría excluida la caducidad. Según la sentencia de la Audiencia: «es la propia concisión de los demandantes en cuanto a la exposición de los hechos y títulos jurídicos sustentadores de su pretensión, la que impide entrar en el examen de aspectos fácticos y jurídicos que no puedan inferirse razonablemente de su propia demanda o hayan sido introducidos por la demandada». A lo que aquí interesa, conviene poner de relieve las siguientes afirmaciones:

«Cierto es que como paliativo al rigor del sistema expuesto, el art. 218.1.II LEC faculta al juez para seleccionar la norma aplicable al caso, dentro de las relativas al título o fundamento jurídico (“la faceta jurídica de la causa de pedir”, según la exposición de motivos de la Ley 1/2000) hecho valer por el actor o demandado, aunque la expresada norma no hubiera sido acertadamente citada o alegada por cualquiera de los litigantes; y un cauce adecuado a fin de tratar de agotar el debate dentro del juicio, evitando en lo posible que la sentencia descansa en preceptos no invocados, podría ser el trámite de informe al final del juicio, en que el juez puede pedir a las partes que le ilustren acerca de “los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones” (art. 433.4). Pero ello *en todo caso exige que el actor o el demandado exprese el fundamento o título jurídico que avala su pretensión*, expresión ésta que puede reputarse en ocasiones implícita en la mera aportación de un determinado documento (generalmente negocio jurídico) del que se infiera con nitidez la titularidad afirmada por quien lo exhibe».

En definitiva, el Tribunal resuelve conforme a las normas aplicables al caso (las del saneamiento por evicción), aunque no habían sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (art. 218 LEC), pero lo que no podía hacer era alterar la causa de pedir, es decir, el verdadero fundamento de la pretensión⁷². El tema de la congruencia de las sentencias está presen-

⁷² Es interesante la referencia que se hace en esta sentencia al art. 433.4 LEC, conforme al cual, «*si el tribunal no se considerase suficientemente ilustrado sobre el caso con las conclusiones e informes previstos en los apartados anteriores, podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que les indique*». Ello se sugiere en la sentencia como modo de evitar «en lo posible que la sentencia descansa en preceptos no invocados».

ten numerosas sentencias, hasta el punto de que muchas de las que parten de la teoría de la sustanciación, ven limitado el *iura novit curia* precisamente en función de la posible incongruencia. Así, en la STS (1ª) 1.6.1991 (RJ 1991\4405) se afirma: «La doctrina de la sustanciación, que sigue a esta Sala, permite que extraída la esencia de los hechos se apliquen los principios “da mihi factum, dabo tibi ius” y “iura novit curia”, pero con el límite impuesto por la congruencia, de que no se altere la acción ejercitada, pues su cambio conculcaría el principio de contradicción»⁷³.

Esta manera enfocar el problema y de entender el principio *iura novit curia* es la que ha prevalecido en la vigente LEC, y debe considerarse como la más correcta, pues cualquier distorsión resultaría perjudicial para el actor, para el demandado y para el propio Tribunal.

a) Para el actor, porque incentivaría la indolencia de los litigantes (o de sus defensores). Si los fundamentos no son necesarios, o su plasmación en la demanda no es exigible, no se alcanza a entender que se requiera postulación, pues el relato de los hechos es posible realizarlo por cualquier persona con mediana cultura. Por otro lado, tampoco el demandante se esforzará en razonar su pretensión, o en justificarla jurídicamente. Esto es lo que ocurre en la jurisdicción social, en la que las partes pueden comparecer por sí mismas, sin necesidad de Abogado y Procurador (art. 18.1 Ley 36/2001 de Jurisdicción Social) y en la que claramente se sigue la teoría de la sustanciación y el principio *iura novit curia* lo abarca todo: el art.

73 Este enfoque, en cuanto a la congruencia, aparece de una u otra manera en otras sentencias. Vid. especialmente STS (1ª) 13 octubre 1986 (RJ 1986\5787); STS (1ª) 24 marzo 1987 (RJ 1987\1720); STS (1ª) 26 mayo 1988 (RJ 1988\4335); STS (1ª) 31 diciembre 1991 (RJ 1991\9279); STS (1ª) 8 junio 1993 (RJ 1993\4469); STS (1ª) 9 noviembre 1993 (RJ 1993\8975); STS (1ª) 10 julio 1995, (RJ 1995\5561); STS (1ª) 11 junio 1997 (RJ 1997\4740); STS (1ª) 27 junio 1997 (RJ 1997\5400); STS (1ª) 10 febrero 1998 (RJ 1998\612); STS (1ª) 13 mayo 1998 (RJ 1998\4028); STS (1ª) 25 octubre 2001 (RJ 2001\8671); STS (1ª) 18 junio 2004 (RJ 2004\3631). En la jurisprudencia, además, está claro que el *iura novit curia* no abarca la modificación de los hechos. En este sentido, resulta particularmente interesante la STS (1ª) 13 mayo 2002 (RJ 2002\5595): «En efecto, la razón de pedir no es otra que el incumplimiento de la contraparte, con indemnización de daños y perjuicios al amparo de lo previsto en el art. 1124 CC, mientras que el fundamento del otorgamiento de la indemnización se apoya en una supuesta resolución unilateral «del contrato de agencia en exclusiva», que escapa al legítimo margen del principio “iura novit curia”, puesto que implica la aportación oficial de hechos nuevos, no invocados por la parte». Aunque la doctrina expuesta es reiterada, a veces se producen verdaderos esfuerzos por delimitar la causa de pedir, estableciendo que el *iura novit curia* autoriza al juzgador a aplicar las normas jurídicas que estime procedentes y a modificar los fundamentos jurídicos invocados por las partes, respetando las cuestiones de hecho y de derecho planteadas, sin alterar la *causa petendi* y sin transformar el problema planteado en otro distinto, por lo que no autoriza a resolver problemas distintos a los propiamente controvertidos, ya que de lo contrario se incurriría en incongruencia. En este sentido, la STS (1ª) 25 mayo 1995 (RJ 1995\4128).

80.1.c) Ley 36/2011 sólo exige la *enumeración clara y concreta de los hechos* sobre los que verse la pretensión, y la *súplica* correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada. Por eso, como más adelante veremos, los problemas de jurisdicción competente no son solamente eso, sino que implican una diferente manera de plantear la demanda y de entender el objeto del proceso.

b) Para el demandado, pues si el *iura novit curia* permite cambiar, sin incurrir en incongruencia, los fundamentos que se hayan aducido por el demandante, puede ser condenado en base a una fundamentación imprevisible, la cual, posiblemente, ni siquiera fue debatida dentro del proceso, con la consiguiente merma de posibilidades de defensa.

c) Para el Tribunal, pues una cosa es *ajustar* normativamente el fundamento de la parte, y otra bien distinta es convertirse en su asesor, supliendo sus defectos de enfoque y, en definitiva, beneficiando a una parte en perjuicio de la otra.

d) Incluso podría decirse que también es perjudicial para los justiciables en general, pues pone en tela de juicio el verdadero papel que ocupan los Tribunales dentro del proceso.

En todo caso, el legislador ha sido consciente de que, desde un punto de vista apriorístico, a la hora de delimitar el objeto del proceso, tanto la teoría de la sustanciación como la de la individualización no resuelven todos los problemas. Por eso, y más cuando lo que estamos analizando es la posible concurrencia en un mismo hecho de responsabilidad contractual y extracontractual, los problemas surgen cuando se plantea, en un proceso distinto y posterior, unos hechos o unos títulos o unos fundamentos jurídicos diferentes de los alegados en un proceso anterior, como fundamento de la petición de la misma tutela.

6. PRECLUSIÓN DE LA ALEGACIÓN DE HECHOS Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS: LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA.

A los efectos de un ulterior proceso en el que se pida lo mismo que en uno anterior, la LEC minimiza la importancia de las teorías de la sustanciación e individualización porque, al contrario de lo que era comúnmente admitido con la legislación derogada, el art. 400.1 LEC impide que ese proceso llegue a su fin. Se cierra así la posibilidad de un goteo de reclamaciones y se exige un mayor grado de precisión al identificar la acción esgrimida.

Si lo que se pide en la demanda (o en la reconvencción) su pudo fundar

en distintos hechos o fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla (o de formular la reconvencción), sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior, pues, a efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada, los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste (art. 400.2 LEC).

La existencia de la demanda supone una ruptura, en el sentido de que se pasa de una relación jurídico material privada en conflicto, mantenida sólo entre particulares, al planteamiento de un litigio ante un órgano jurisdiccional. El art. 410 LEC dispone: «*la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida*». A esa ruptura se refiere el legislador con la expresión *litispendencia*, que marca el momento del inicio de un proceso. La litispendencia se puede oponer como excepción por el demandado al contestar la demanda, y puede ser apreciada de oficio por el Tribunal (art. 421 LEC)⁷⁴.

Los efectos que produce la litispendencia pueden ser diferentes, dependiendo de cómo se contemple, aunque el fundamental es el de la imposibilidad de tramitar otro procedimiento entre los mismos sujetos y con idéntico objeto que el que se ventila en el procedimiento pendiente. Cabe destacar los siguientes efectos:

a) La litispendencia determina respecto del Tribunal la *perpetuatio iurisdictionis* (art. 411 LEC). De hecho se considera que ⁷⁵la fecha de presentación de la demanda es la que determina, en el orden procesal, el orden jurisdiccional competente⁷⁶.

b) En relación con las partes del proceso, la litispendencia determina la *perpetuatio legitimationis*, en el sentido de que las partes que estaban legitimadas en el momento de la litispendencia mantienen esa legitimación

74 Cfr. MONTERO AROCA, en MONTERO AROCA, J. – GÓMEZ COLOMER, J.L. – MONTÓN REDONDO, A. – BARONA VILAR, S., *El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 364 y 404; DAMIÁN MORENO, «Comentario al art. 421 LEC», cit., pp. 2134 y ss.; TORIBIOS FUENTES, «El ejercicio...», cit., p. 19; MONTERO AROCA, en MONTERO – GÓMEZ COLOMER – MONTÓN – BARONA, *Derecho Jurisdiccional, II*, cit., pp. 131 y ss.; BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad civil...*, cit., p. 42 y nota 61.

75 STS (1ª) 8 junio 2006 (RJ 2006\3074); STS (1ª) 30 mayo 2007 (RJ 2007\4973); STS (1ª) 21 mayo 2008 (RJ 2008\4149).

76 Cfr. BLANCO LÓPEZ, en GUTIÉRREZ BARRENENGOA – LARENA BELDARRAIN (Dir.), *El proceso civil...*, cit., p. 192. Vid. STS (1ª) 24 abril 2000 (RJ 2000\3378); STS (1ª) 20 diciembre 2001 (RJ 2001\9374); STS (1ª) 7 julio 2003 (RJ 2003\4332); STS (1ª) 8 junio 2005 (RJ 2005\4428); STS (1ª) 17 febrero 2008 (RJ 2008\4032).

aunque a lo largo del proceso cambien las cualidades que la determinaron (art. 413 LEC)⁷⁷

c) En relación con el objeto del proceso, la litispendencia supone su inmodificabilidad, lo que conlleva la prohibición de la *mutatio libelli*.

d) Finalmente, el principal efecto se refiere a la actividad: por razones de economía y armonía, el derecho positivo configura la existencia de un proceso como excluyente. Nacido un proceso, la litispendencia supone la imposibilidad de que se origine otro con la misma pretensión. Más propiamente la excepción no impide el nacimiento del proceso, sino que ciertamente va dirigido a impedir su subsistencia⁷⁸.

Como destaca de una manera muy ilustrativa FAIRÉN, la litispendencia, en el aspecto que ahora nos interesa, es algo así como la fotografía prefabricada de lo que va a ser la cosa juzgada, desde el punto de vista de las partes y especialmente de la actora⁷⁹. Es importante destacar este efecto anticipado de la función negativa de la cosa juzgada, dado que supone la imposibilidad legal de tramitar otro procedimiento entre los mismos sujetos con el mismo objeto del que esté pendiente (arts. 416 y 421 LEC)⁸⁰. Se trata con ello de evitar la inseguridad que se produciría por el hecho de que un mismo objeto procesal pudiera ser resuelto por sentencias contradictorias, lo que se consigue imposibilitando que existan dos procesos pendientes sobre un mismo objeto.

En cuanto al momento en que se produce, el art. 410 LEC ha puesto fin a la clásica polémica respecto del *dies a quo* del comienzo de la litispendencia, asumiendo el criterio jurisprudencial más consolidado, en virtud del cual la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida⁸¹. El régimen procesal se contiene en los arts. 416, 421 y 443 LEC, de los que se desprende, como acabo de destacar, que puede ser alegada por el demandado, o por el actor en el caso de la reconvencción, lo que no obsta para que pueda

77 Cfr. GUASP – ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil, I*, cit., pp. 331 y ss.

78 Cfr. FAIREN GUILLEN, *La audiencia previa...*, cit., pp. 127 y ss.

79 Cfr. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, cit., p. 312.

80 Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, en CORTÉS DOMÍNGUEZ – GIMENO SENDRA – MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, cit., pp. 189 y ss.

81 Cfr. MONJE BALMASEDA, O., en GUTIÉRREZ BARRENENGOA – LARENA BELDARRAIN (Dir.), *El proceso civil...*, cit., pp. 213 y ss.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en DE LA OLIVA – Díez-PICAZO – VEGAS TORRES – BANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 687. Por lo que se refiere al criterio jurisprudencial señalado en el texto, vid. STS (1ª) 8 junio 2006 (*RJ* 2006\3074); STS (1ª) 2 diciembre 2009 (*RJ* 2010\701).

ser apreciada de oficio⁸². Como se trata de una circunstancia que impide la válida prosecución y término del proceso mediante una sentencia sobre el fondo, en el mismo momento en que el Tribunal aprecie la pendencia de otro juicio con el mismo objeto decretará el sobreseimiento, dictando auto a tal fin.

Conviene finalmente insistir en que los efectos de la litispendencia no sólo abarcan lo deducido en el litigio, sino también lo deducible. Así se desprende del art. 400.2 LEC, conforme al cual, a efectos de litispendencia «los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio *se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste*». Ello debe ponerse en relación con el art. 78.2 LEC, que impide la acumulación de procesos a instancia de parte «cuando *no se justifique que, con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de ésta o con la reconvencción, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda*». Se trata de evitar que con la acumulación de procesos se puedan subsanar las deficiencias que se cometieron en el proceso al que se pretende la acumulación del posterior⁸³.

Además de la litispendencia, y a efectos de un ulterior proceso en el que se pida lo mismo que en uno anterior, resulta esencial el tratamiento de la cosa juzgada. Interesa centrarse en la cosa juzgada material, en cuanto efecto de algunas resoluciones judiciales firmes, que consiste en su fuerza para vincular a otros procesos, condicionándolos (efecto positivo o prejudicial) o evitándolos (eficacia negativa o excluyente)⁸⁴. Como se ha destacado, la cosa juzgada material encuentra su fundamento y justificación tanto en la seguridad y paz jurídicas como en la propia esencia de la jurisdicción,

82 Cfr. DAMIÁN MORENO, «Comentario al art. 421 LEC», cit., pp. 2134 y ss. La LEC legaliza la jurisprudencia del TS en virtud de la cual el Tribunal puede apreciar de oficio tanto la existencia de litispendencia como de cosa juzgada, esta última en su sentido negativo o excluyente. Cfr. BANACLOCHE PALAO, en DE LA OLIVA – DIEZ-PICAZO – VEGAS TORRES – BANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 711.

83 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, I., «^o LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2ª ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011., pp. 1664 y ss.

84 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso...*, cit., pp. 102 y ss. Como pone de relieve GARNICA MARTÍN, J.F., «Comentario al art. 222 LEC», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel – RIFÁ SOLER, José María – VALLAS GOMBAU, José Francisco (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Iur-gium, Barcelona, 2000, p. 865, «la cosa juzgada no constituye un efecto del proceso o de la sentencia, sino una cualidad de los efectos de la sentencia, su inmutabilidad, cualidad aplicable a todos los efectos de la misma».

impidiendo que las discusiones jurídicas se prolonguen indefinidamente o que se vuelva a plantear un asunto ya decidido, con el evidente riesgo de obtenerse sentencias contradictorias o con el inútil esfuerzo de reiterarse resoluciones⁸⁵.

De conformidad con los art. 222.2 y 408.3 LEC la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y, en su caso, reconvección; y a aquellas cuestiones recogidas en los núm. 1 y 2 del art. 408 LEC, es decir, a las denominadas excepciones reconventionales (compensación y nulidad del negocio jurídico). Pero lo mismo que ocurre con la litispendencia, la cosa juzgada alcanza igualmente a lo no deducido pero deducible, es decir, a aquellos hechos o títulos jurídicos que, pudiendo invocarse, no se invocaron, aquellos que razonable y temporalmente pudieron ser discutidos (art. 400.2 LEC)⁸⁶. Ello tiene una enorme importancia desde el punto de vista de las reclamaciones de daños en función de una posible responsabilidad contractual o extracontractual. Los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en éste. De esta manera, si coinciden los sujetos y lo que se pide (*petitum*), y el actor solicita lo mismo frente al mismo demandado, aunque con una fundamentación jurídica diferente, la cosa juzgada impide la eficacia de ese segundo proceso porque se lo impone la norma preclusiva contenida en el art. 400 LEC⁸⁷. Por ello, quien pretenda plantear una demanda con una pretensión resarcitoria determinada debe ponderar previamente cuál es el objeto de su reclamación y frente a qué sujetos va a dirigir la misma.

7. LA PROHIBICIÓN DE ALTERAR EL OBJETO DEL PROCESO: LAS ALEGACIONES COMPLEMENTARIAS.

Según he destacado, conforme al art. 410 LEC, los efectos procesales de la litispendencia se producen desde la interposición de la demanda, si después es admitida. Entre estos efectos que produce la litispendencia, referidos al objeto del proceso, está el de prohibir su modificación. A esta prohibición del cambio de demanda, denominada *mutatio libelli*, se refiere

85 Cfr. TORIBIOS FUENTES, F. – VELLOSO MATA, M.J. (2010), *Manual Práctico del Proceso Civil*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, p. 167.

86 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, I., «La cosa juzgada», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 267 y ss.

87 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «Comentario al art. 400 LEC», cit., p. 1665.

el art. 412.1 LEC: «Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente». El momento preclusivo para impedir la *mutatio libelli* en este caso es el de la contestación a la demanda y, si ha existido reconvencción, el de la contestación a ésta. La propia LEC matiza este efecto y establece algunas excepciones al mismo, a las que se refiere con carácter general el art. 412.2 LEC: «Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley». La doctrina⁸⁸ ha puesto de relieve, no obstante, que las excepciones del art. 412 LEC confirman la regla general contraria, en el sentido de que, fuera de las mismas, no hay posibilidad de modificar el objeto del proceso⁸⁹.

La prohibición de la *mutatio libelli* viene impuesta por la propia Constitución: si el actor pudiera a lo largo del proceso cambiar el contenido de la demanda, cambiar lo que se pide o la razón por la que se pide, se produciría una clara indefensión para el demandado, que se encontraría en determinadas ocasiones ante la imposibilidad procesal de ejercer su derecho de de-

88 Cfr. MONGE BALMASEDA, O., en GUTIÉRREZ BARRENENGOA – LARENA BELDARRAIN (Dir.), *El proceso civil...*, cit., pp. 208 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, *La audiencia previa...*, cit., pp. 169 y ss.; GUTIÉRREZ SANZ, M.R., «Los procesos declarativos ordinarios en primera instancia», en CABAÑAS GARCÍA, J.C. (Coord.), *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Trivium, Madrid, 2000, p. 392.

89 La demanda únicamente puede modificarse en los siguientes supuestos: a) Ampliación de la demanda (art. 401.2 LEC). El actor puede, antes de que se conteste a la demanda, ampliarla, acumulando nuevas pretensiones a las ya ejercitadas. El efecto de la ampliación es volver a reanudar el plazo para la contestación a la demanda. b) Ampliación de los hechos. A ella se refiere con carácter excepcional el art. 286 LEC. Precluidos los actos de alegación y antes de transcurrir el plazo para dictar sentencia, se puede presentar por cualquiera de las partes un escrito de ampliación de los hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio (ordinario) o vista (verbal). Puede tratarse tanto de hechos nuevos como de nueva noticia (nuevo conocimiento), pero en ambos casos de relevancia para la decisión del pleito. c) Presentación de documentos nuevos o de nueva noticia, o aquellos que no haya sido posible obtener con anterioridad por causas no imputables a la parte, siempre y cuando se haya hecho la designación a que se refiere el art. 265 LEC (art. 270 LEC). Por esta vía es posible introducir, si bien de modo indirecto, la alegación de hechos nuevos. d) Presentación de sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para la resolución del litigio, bien en su primera instancia o en cualquier recurso (art. 271.2 LEC). e) En la audiencia previa del juicio ordinario (art. 426 LEC) pueden formularse alegaciones complementarias, peticiones accesorias o complementarias, alegación de hechos nuevos o de nueva noticia. Se exige en todo caso que no se alteren sustancialmente las pretensiones ni sus fundamentos. f) Con ocasión de un recurso de apelación (art. 460 LEC) pueden acompañarse al escrito de interposición los documentos que se encuentren en alguno de los supuestos del art. 270 LEC. No obstante, fijado el objeto del proceso, no es posible su variación con ocasión de los recursos que procedan. En este punto la jurisprudencia es constante. Vid. especialmente STS (1ª) 22 de julio de 1997 (*RJ* 1997/6156); STS (1ª) 31 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999/9622); y STS (1ª) 12 de marzo de 2002 (*RJ* 2002/5694), con abundantes referencias jurisprudenciales.

fensa en las condiciones más propicias. No obstante, como destaca CORTÉS DOMÍNGUEZ, el problema está en determinar qué es esencial o accidental en cada caso, porque la ley no ofrece un criterio seguro, de manera que sólo una correcta identificación de las pretensiones ejercitadas en el seno del proceso nos puede permitir fijar esta calificación con exactitud, con lo que sabremos qué es lo que queda inmutable como consecuencia de la litispendencia y qué podemos modificar a lo largo del procedimiento⁹⁰. Mientras no se produzca indefensión, la jurisprudencia se ha mostrado generosa a la hora de interpretar qué modificaciones resultan admisibles⁹¹.

8. RESPONSABILIDAD CIVIL: ¿UNA ÚNICA ACCIÓN O DIVERSIDAD DE ACCIONES?

Ya he destacado que los límites entre las responsabilidades contractual y extracontractual no están claramente definidos en la doctrina y tampoco en la jurisprudencia. En ésta ha existido a veces una tendencia a ampliar el ámbito de la responsabilidad contractual para englobar daños que surgen del desarrollo de obligaciones de carácter no contractual, como ocurre v.gr. con la relación existente entre los integrantes de una comunidad de bienes, por entender que existe entre ellos un vínculo tácito o presunto⁹². E igualmente se ha pretendido fijar la frontera entre lo contractual y extracontractual en aquello que se encuentra dentro o fuera de la «rigurosa órbita de lo pactado»⁹³. Ante esta situación, que se complica en los casos en que la lesión del derecho de crédito es imputable a un tercero⁹⁴, no es extraño que doctrinalmente se plantee la posibilidad de establecer un régimen unitario de responsabilidad⁹⁵, o que el propio legislador opte directamente por esta vía, como ha hecho en el art. 63 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de contrato de transporte terrestre de mercancías.

90 Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, en CORTÉS DOMÍNGUEZ – GIMENO SENDRA – MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, cit., p. 190.

91 Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en DE LA OLIVA – Díez-PICAZO – VEGAS TORRES – BANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 690 y ss.

92 STS (1ª) 9 julio 1984 (RJ 1984\3802); STS (1ª) 16 febrero 2006 (RJ 2006\888).

93 STS (1ª) 5 enero 1982 (RJ 1982\182); STS (1ª) 9 marzo 1983 (RJ 1983\1463); STS (1ª) 5 julio 1983 (RJ 1983\4072); STS (1ª) 21 octubre 1988 (RJ 1988\8265); STS (1ª) 13 febrero 2003 (RJ 2003\1013).

94 Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C., «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 1989, pp. 845 y ss.; PÉREZ GARCÍA, M.J., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2005, pp. 127 y ss., y 409 y ss.

95 Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 742 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad...*, cot., pp. 105 y ss.

Pero aquí pretendo plantear el problema desde una perspectiva procesal, porque la posibilidad de mantener que existe una única acción o una diversidad de acciones, depende de cómo se configura la acción en nuestra legislación procesal, y de las consecuencias que tiene la fijación del objeto del proceso en la LEC. Partiendo de la existencia de responsabilidad contractual y extracontractual como categorías diferentes, lo que debemos plantearnos ante la producción de unos daños concretos es si estamos ante una única acción con normas en concurso, o ante dos acciones diferentes. Como ya destacué con anterioridad, procesalmente todo depende de cómo se configure la *causa petendi*, porque es necesario determinar si las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual tienen sus tres elementos identificadores iguales (sujetos, petición y causa de pedir), lo que nos llevaría a afirmar que estamos ante una única acción con normas en concurso. Por el contrario, si alguno de esos tres elementos es distinto, tendríamos que entender que estamos acciones diversas, aunque conexas.

Parece claro que los sujetos son los mismos. Lo que se pide también será lo mismo, ya que se trata de reparar íntegramente el daño causado. En función del *petitum* las acciones se dividen en declarativas, ejecutivas y cautelares. En las *declarativas* se pide del Tribunal una declaración de voluntad. En las *ejecutivas* se solicita que se imponga coactivamente una manifestación de voluntad. Las *cautelares* tienen un carácter instrumental al servicio de un proceso de ejecución o de declaración. Dentro de las declarativas se puede, a su vez, distinguir entre: a) *Acciones merodeclarativas*: si se pide una tutela para que se declare la existencia o inexistencia de un derecho, de una relación jurídica o de un negocio jurídico (v.gr. la acción declarativa de dominio). b) *Acciones de condena*: en las que se pide la declaración de la existencia de un derecho para que se imponga al contrario el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa. c) *Acciones constitutivas*: para que se declare la creación, la constitución o la extinción de una relación jurídica (v.gr. acción de divorcio)⁹⁶. Las acciones de responsabilidad civil encajan, sin lugar a dudas, dentro de las declarativas (puesto que lo solicitado del Tribunal es una declaración de voluntad) y, dentro de éstas últimas, estamos claramente en sede de las *acciones declarativas de condena*, puesto que la tutela solicitada es la declaración de la existencia de un derecho, para que se imponga el cumpli-

96 Cfr. TORIBIOS-VELLOSO, *Manual práctico...*, cit., p. 150.

miento de una determinada prestación al demandado (causante del daño) y la consiguiente orden de condena a su cumplimiento (el abono de la suma indemnizatoria correspondiente)⁹⁷.

Si la responsabilidad civil hace nacer dos acciones deferentes, una contractual y otra extracontractual, tiene que ser porque difieren en la *causa petendi*, ya que tienen en común los sujetos y el *petitum*⁹⁸. Es decir, sean una o dos las acciones, ni el *petitum* ni los sujetos sufrirán modificación, por lo que la respuesta que buscamos tiene que encontrarse en el contenido de la causa de pedir. Es aquí donde cobra verdadera importancia la cuestión relativa al objeto del proceso.

Si se considera que la causa de pedir viene exclusivamente definida por los hechos y no por la fundamentación jurídica, el Tribunal no incurre en incongruencia si emplea unos fundamentos jurídicos diferentes a los proporcionados por las partes. En nuestro caso habría que entender, por tanto, que estamos ante una única acción con normas en concurso, que el Tribunal puede aplicar libremente sin riesgo de incurrir en incongruencia. En realidad, en este caso, lo único decisivo son los hechos: mientras éstos no se modifiquen no se altera la causa de pedir⁹⁹. En cambio, si partimos de que la *causa petendi* se encuentra en los fundamentos jurídicos esgrimidos por el actor en su pretensión, cualquier alteración de ese fundamento, al implicar una modificación del debate procesal, supone incurrir en incongruencia y provocar indefensión en el demandado¹⁰⁰. Lo decisivo en este caso es el título jurídico que se aplica a los hechos, por lo que la posibilidad de defender que existe responsabilidad contractual o extracontractual nunca puede quedar reducida a un mero concurso de normas (aunque pueda existir concurso de acciones). Como destaca TAPIA FERNÁNDEZ, si lo que identifica la acción es la causa de pedir, aun dándose unos determinados hechos originadores de los dos tipos de responsabilidad, la víctima de daño puede anudar a esos hechos productores de la lesión diferentes consecuencias jurídicas, dando lugar a distintas acciones a disposición del titular,

97 Cfr. TORIBIOS FUENTES, «El ejercicio...», cit., p. 13.

98 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., pp. 205 y ss.

99 En este sentido, DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 261, quien (antes de la vigente LEC) muestra su «inclinación por la llamada teoría de la sustanciación y por la identificación de la acción a través de los hechos». No obstante, en pp. 263 y ss. critica el principio de la unidad de la culpa civil. En el mismo sentido, literalmente, en *Fundamentos...*, V, cit., pp. 224 y ss..

100 Cfr. DE LA OLIVA, *Objeto del proceso...*, cit., pp. 52 y ss.

porque es distinto el *fundamento jurídico* de cada una de ellas¹⁰¹ (luego veremos como se pueden utilizar esas acciones, en función del principio dispositivo).

Para ilustrar el problema se pueden utilizar algunos ejemplos que han llegado a la jurisprudencia, planteados por la citada autora: A) El pasajero que sufre daños en un accidente de tráfico y que, para conseguir la reparación de la lesión sufrida, tiene a su disposición una acción indemnizatoria basada en el contrato de transporte, y otra basada en la culpa extracontractual. B) El propietario arrendador de un inmueble que se incendia por culpa o negligencia del inquilino, que tiene a su disposición una acción de daños basada en el contrato de arrendamiento y otra por culpa extracontractual¹⁰².

Siguiendo la postura del concurso de normas la acción en ambos casos es única porque no cambia ninguno de sus elementos identificadores (sujetos, *petitum* y *causa petendi*). Lo único que cambia es la norma aplicable. Si aplicar unos u otros fundamentos jurídicos es misión del Juez (*da mihi factum et dabo tibi ius*), el actor puede especificar en su demanda cuáles considera aplicables, o no especificar ninguno, pues es al Juez a quien corresponde aplicar el Derecho, y podría a lo largo del proceso pasar de unos fundamentos a otros sin que ello significara un cambio en la demanda. Paralelamente, el Juez en su sentencia podría conceder o denegar la acción de daños por vía contractual o extracontractual, sin que incurriera en incongruencia por decidir de manera diferente a la solicitada por el actor.

El planteamiento cambia radicalmente cuando analizamos el elemento jurídico de la *causa petendi*. Ya he destacado que cabe hablar de un *elemento fáctico* de la causa de pedir, constituido por el relato de los hechos, subsumibles en la norma jurídica; y de un *elemento jurídico* de la causa de pedir, que no es sólo la concreta norma o normas que puedan resultar aplicables al caso, sino que está integrado a su vez por dos subelementos. Por un lado, el denominado *enfoque o título jurídico*, o lo que es lo mismo, la calificación jurídica, *fundamento jurídico*, o razonamiento jurídico, constituido por el conjunto de consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela solicitada sea esa y no otra distinta. Y, por otro, el *elemento puramente*

101 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., p. 235.

102 Recojo estos dos ejemplos por haber llegado en numerosas ocasiones a los Tribunales como dudosos, si bien en ambos casos el componente contractual parece claro.

normativo de esa calificación o punto de vista jurídico, o *fundamentación*, es decir, las simples citas legales que apoyan la calificación jurídica¹⁰³. En realidad, de esos dos subelementos, sólo el *elemento puramente normativo* (las citas legales) conforma la libertad del Tribunal recogida en el principio *iura novit curia o da mihi factum et dabo tibi ius*. Pero el Tribunal debe atenerse al fundamento o título jurídico esgrimido, aunque sea libre de aplicar las citas legales utilizadas para justificar la pretensión.

Desde esta perspectiva, que es la que adopta la LEC, la causa de pedir en las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual es diferente. Porque son diferentes las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico anuda a la producción de esos daños. En la acción de responsabilidad contractual, los fundamentos jurídicos de la pretensión de resarcimiento son los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de transporte existente entre las partes, y las consecuencias que dicho ordenamiento extrae del incumplimiento de las citadas obligaciones contractuales. En la acción de responsabilidad por daños basados en culpa extracontractual, los fundamentos jurídicos de la pretensión de resarcimiento se encuentran en la culpa o negligencia del agente en la producción de los hechos o en la omisión de tales hechos, y las consecuencias que el ordenamiento extrae de no actuar conforme a la diligencia exigida.

Es decir, son los distintos fundamentos y consecuencias jurídicas los que delimitan la acción en cada caso, y los que hacen que esa acción sea la basada en culpa contractual o en culpa extracontractual¹⁰⁴. Al ser éste el elemento identificador de una u otra acción, es al actor a quien corresponde concretar la calificación jurídica, o *fundamento jurídico*, y al Juez decidir en función de lo que se le haya planteado, porque no puede modificar los términos del debate, ya que podría incurrir en *mutatio libelli* y provocar indefensión. Como ya he destacado al principio de este trabajo, según Díez-PICAZO, el contrato, además de ser una reglamentación de intereses que las partes efectúan, «puede contener no sólo las reglas sobre la diligencia a prestar (art. 1104 CC *in fine*), sino lo que es más importante, especial distribución de los riesgos y especiales definiciones de la responsabilidad. Por ello se puede decir que quien después de adoptar y aceptar este tipo de compromisos y las formas de distribuir el riesgo y la respon-

103 Cfr. DE LA OLIVA, *Objeto del proceso...*, cit., pp. 51 y ss., y 75 y ss.

104 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., pp. 207 y 236.

sabilidad, acude, para fundar su demanda, a las reglas de la responsabilidad extracontractual, está haciendo algún tipo de trampas en el juego, que deben determinar la inadecuación de dicha demanda»¹⁰⁵. Esta es también, como vimos, la manera de enfocar las cosas de la STS (1ª) 26.4.1966 (RJ 1966\2164): «El art. 1902 CC consagra el principio de la responsabilidad aquiliana, que tiene carácter eminentemente extracontractual. De estar las partes ligadas por un contrato, es éste, con su fuerza obligatoria el que debe regir su cumplimiento, tanto voluntario como forzoso; por ello, la ley es fuente única de la responsabilidad, al paso que si existe pacto al respecto, es el consentimiento prestado y las cláusulas en que se refleja la fuente de las obligaciones a cumplir, y la ley sólo actúa en un sentido “negativo” y de “prevención” prohibiendo que se estipule nada que sea contrario a ella (art. 1255), o “positivo” y “complementario”, en cuanto ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar las “consecuencias” de lo pactado (art. 1258)».

Una vez que se admite que las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual son procesalmente diferentes, por ser distinto el elemento jurídico de la causa de pedir, lo que sí cabe plantear es la posibilidad de una acumulación de acciones (acumulación que actúa en el plano procesal) y de un concurso de acciones (que se desenvuelve, como el concurso de normas, en el ámbito del derecho sustantivo).

9. ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y CONCURSO DE ACCIONES.

La acumulación objetiva de acciones supone el ejercicio conjunto de dos o más acciones en un mismo proceso. Como establece el art. 71.1 LEC, la acumulación de acciones «producirá el efecto de discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia. La acumulación de acciones supone, pues, que se verifique una *pluralidad de objetos del proceso* que, con ocasión de *un mismo procedimiento*, serán resueltos en una única sentencia¹⁰⁶. Destaca ORTELLS RAMOS que, en principio, cada pretensión procesal constituye el objeto de un proceso y cada proceso tiene su tramitación procedimental propia, distinta y separada de la de otros procesos. Ahora bien, por razones centradas en algún tipo de relación entre dos o más objetos procesales, el ordenamiento jurídico permite que los diver-

105 Cfr. DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 264, y *Fundamentos...*, V, cit., p. 227.

106 Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Colección LEC/2000, La Ley, Madrid, 2000, pp. 11 y ss.

esos procesos que versan sobre ellos tengan una misma y única tramitación procedimental: a ello es a lo que se denomina acumulación de pretensiones o de acciones. El fundamento de la acumulación de pretensiones es la conexión existente entre ellas, es decir, la identidad de alguno o varios de sus elementos (sujetos, *petitum* o *causa petendi*). La LEC es generosa en la acumulación, al permitirla por la mera identidad de las partes entre las que se interponen las varias pretensiones, supuesto en el que no hay riesgo alguno de contradicción entre sentencias¹⁰⁷.

Aunque pueda parecer redundante, conviene tener presente que, si bien normalmente el procedimiento tiene un único objeto procesal, en otros casos (los que estamos analizando) un único procedimiento envuelve más de un objeto procesal. Como se ha destacado, es preciso subrayar la diferencia entre *proceso*, en que predomina el objeto o pretensión, y *procedimiento*, caracterizado por su aspecto formal o externo como secuencia de trámites dentro de la cual tiene curso el proceso¹⁰⁸. Cuando diversos objetos procesales se funden en un solo procedimiento, lo que se está haciendo es que dos o más pretensiones sean examinadas dentro de un mismo procedimiento judicial¹⁰⁹. En definitiva, cuando se produce la acumulación de acciones, el procedimiento es único pero hay pluralidad de procesos, pues aunque sea única la serie de actos a realizar, las posibilidades, cargas y expectativas de las partes se desarrollan respecto de cada objeto procesal: puede haber defensas, admisiones de hechos, pruebas que inciden en el pronunciamiento de una pretensión y no sobre otras, actos de disposición de una pretensión y no sobre otra, recursos que afecten al pronunciamiento de una pretensión, pero no el relativo a otras. Además, la diversidad de actitudes procesales respecto a cada pretensión conduce correlativamente a unos pronunciamientos igualmente diversos sobre ellas¹¹⁰.

La acumulación de acciones exige una cierta conexidad entre éstas. Ya hemos visto que cada acción tiene tres elementos que la identifican: suje-

107 Cfr. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 270 y ss.

108 Cfr. TORIBIOS-VELLOSO, *Manual Práctico...*, cit., p. 156.

109 Cfr. MONTERO AROCA, *El nuevo proceso civil*, cit., p. 198 y ss., quien de manera muy clara afirma: «Un solo procedimiento puede ser la forma externa de dos o más pretensiones y, consiguientemente, de dos o más procesos. La acumulación se refiere precisamente a esta última posibilidad. Lo característico de ella es que se interponen dos o más pretensiones, que dan lugar a dos o más procesos y, sin embargo, existe un único procedimiento».

110 Cfr. MONTERO AROCA, *El nuevo proceso civil*, cit., pp. 200 y ss.

tos, *petitum* y *causa petendi*. Si los tres elementos coinciden hay identidad de acciones; pero basta con que uno de ellos sea diferente para que podamos hablar de diversidad de acciones¹¹¹. Procesalmente dos acciones son conexas cuando comparten alguno de esos tres elementos identificadores. La acumulación de acciones exige que exista esta conexión, es decir, la coincidencia de alguno de los elementos identificadores.

En función del momento temporal en que se produce la acumulación se puede hablar de acumulación *inicial* (cuando desde el mismo nacimiento del proceso se ejercitan simultáneamente varias acciones, que el actor acumula en su demanda), o *sobrevenida* (que se produce en un momento posterior al proceso: por ampliación de la demanda en los casos del art. 401 LEC, por reconvencción del demandado, o como consecuencia de una acumulación de procesos). Pero lo que aquí interesa son los tipos de acumulación admisibles en función del vínculo existente entre las acciones que se acumulan. Desde esta perspectiva cabe distinguir:

a) *Acumulación simple*: Se puede producir cuando la relación jurídico material sea susceptible de una pluralidad de efectos jurídicos, o cuando las peticiones que se sustancien sobre la base de una pluralidad de relaciones jurídicas no resulten incompatibles entre sí¹¹². El actor acumula (bien en su demanda, bien de forma sobrevenida) dos o más acciones porque quiere que el Tribunal le conceda todas ellas: se postulan las acciones A + B con la intención de que se concedan tanto A como B.

b) *Acumulación eventual* (o subsidiaria): No se ve limitada por la necesidad de que las acciones sean compatibles entre sí (art. 71.4 LEC). El actor solicita una concreta tutela jurídica con preferencia y exclusión sobre otra, de manea que si el Juez rechaza la primera solicitud, debe entrar a pronunciarse sobre la segunda. En este caso se postulan las acciones A + B con la intención de que se conceda A o B. Una acción se ejercita como principal, y la otra, ante la *eventualidad* de que la primera sea rechazada.

111 Así, pueden coincidir los sujetos y el *petitum*, pero ser diferente la *causa petendi*, lo que dará lugar a acciones diferentes, como ocurre en los casos dudosos de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. O pueden coincidir los sujetos y la *causa petendi*, pero si el *petitum* es diferente estaremos ante acciones distintas, como ocurre ante el impago por el inquilino de las rentas debidas: frente a la misma *causa petendi*, el arrendador puede ejercitar frente al arrendatario una reclamación de las rentas debidas, o bien promover una acción de desahucio por falta de pago.

112 Cfr. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en DE LA OLIVA – DIEZ-PICAZO – VEGAS TORRES – BANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 201 y ss.; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en DE LA OLIVA – DIEZ-PICAZO, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., pp. 167 y ss.

Las acciones están jerarquizadas, porque se quiere primero A y, para el supuesto que no se conceda, se quiere B¹¹³.

c) *Acumulación sucesiva* (o accesoria): Se produce cuando se ejercitan dos o más acciones con objetos distintos pero compatibles. Uno de los pedimentos se subordina a la estimación del otro, de manera que si no se accede al primero, el segundo ya no tiene sentido (v.gr. se pide la rendición de cuentas de una administración y la entrega del saldo; o se solicita una determinada cantidad de dinero que se considera debida y se piden los intereses)¹¹⁴. En este caso, se postulan las acciones A + B con la intención de que se concedan tanto A como B, pero B sólo podrá ser estimada si previamente lo es A. Es posible que se estime A pero no B, pero no viceversa. En el ejemplo anterior, se solicita una suma de dinero y, para el supuesto de que sea estimada, los intereses correspondientes. Sólo si es estimada la petición pecuniaria podrán concederse (o no) los intereses; pero no es posible que se concedan los intereses y se deniegue la petición principal.

d) *Acumulación alternativa*: Se produce cuando el actor ejercita dos o más acciones incompatibles entre sí, con la particularidad de que la petición no se extiende al conjunto de los objetos, sino sólo a uno u otro, de manera que el Juez ha de pronunciarse, no sobre todos ellos, sino sobre uno de tales objetos. En este caso no se especifica cuál es la acción principal y cuál la subsidiaria, como ocurre con la acumulación eventual, sino que el Juez podría elegir la que considere procedente. Se postulan las acciones A + B con la intención de que se conceda, indistintamente, A o B. Ninguna acción se ejercita como principal: no hay jerarquía alguna. La mayoría de la doctrina considera esta posibilidad como inadmisibile, fuera del caso de las obligaciones alterativas de los arts. 1131 y ss. CC¹¹⁵. En este sentido, una acumulación alternativa de acciones produce un defecto legal en el modo de proponer la demanda (art. 424 LEC), por falta de determinación del *petitum*. Concretamente la falta de claridad afecta a la pretensión deducida, esto es, a lo que se pide¹¹⁶.

113 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., pp. 180 y ss.; TORIBIOS «El ejercicio...», cit., p. 18.

114 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., pp. 181-182.

115 Cfr. PRIETO CASTRO, «Acumulación de acciones», *Revista de Derecho Procesal*, 1956, p. 12; TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., pp. 182; BANACLOCHE PALAO, en DE LA OLIVA – DíEZ-PICAZO – VEGAS TORRES – BANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 715 y ss.; GIMENO SENDRA, en CORTÉS DOMÍNGUEZ – GIMENO SENDRA – MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, cit., p. 139.

116 El art. 424 LEC no menciona la causa de pedir, dado que una falta de claridad en este elemento

Por lo que se refiere al modo de articular la acumulación en la demanda, el art. 399.5 LEC dispone: «En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación». Esta parte del precepto está pensada para la acumulación simple y la acumulación sucesiva. Seguidamente se añade: «Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente». La norma se refiere aquí con claridad a la acumulación eventual o subsidiaria de acciones. Por otro lado, existe un doble control procesal de la acumulación: a) Un *control inicial de oficio* por el Secretario judicial: especialmente si la acumulación es eventual, ha de expresarse con claridad cuál es la acción principal y cuáles las que se ejercitan para el evento de que la primera no sea estimada (art. 73.3 LEC). b) Un control posterior *a instancia de parte* previsto en el art. 405.1 LEC: si el demandado considera inadmisibile la acumulación de acciones, «lo manifestará así, expresando las razones de la inadmisibilidad»¹¹⁷.

Una vez destacados los tipos de acumulación de acciones admisibles, que se mueven en el plano procesal, es preciso analizar los supuestos de *concurso de acciones* que operan en el plano del Derecho sustantivo. Cabe hablar de un concurso *propio* y un concurso *impropio* o *alternativo*. Existe concurso *propio* cuando el ordenamiento jurídico, para unos mismos hechos, propone un mismo efecto o resultado que se puede obtener por dos vías (no dos veces). Hay concurso *impropio* o alternativo cuando para esos mismos hechos, y mediante una única vía, el ordenamiento ofrece dos resultados o efectos que se excluyen¹¹⁸. Se suelen señalar como ejemplos de concurso propio de acciones precisamente el de las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual en los supuestos de zonas grises en

del objeto del proceso no debe determinar el archivo de las actuaciones por no poderse dictar sentencia sobre el fondo del mismo, sino una posible sentencia desestimatoria por no estar claros los fundamentos fácticos y jurídicos que pretender servir de base a una sentencia estimatoria.

117 En cuanto a la competencia territorial en los supuestos de acumulación de acciones el art. 53 LEC recoge los tres criterios clásicos de elaboración jurisprudencial: el *cualitativo* (la acción que sirva de fundamento a las demás), el *numérico* (el mayor número de las acciones) y el *cuantitativo* (la acción de cuantía superior). Lo cierto es que en el supuesto de acumulación eventual de acciones de responsabilidad contractual y aquiliana ninguno de los criterios despeja la duda sobre la competencia. Además, se solapan con la regla 9ª del art. 52.1 LEC conforme al cual, en el supuesto de reclamación de indemnizaciones de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, determina la competencia del Tribunal el lugar en que se causaron los daños.

118 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., p. 186.

que, partiendo de unos mismos hechos, el perjudicado puede accionar con la fundamentación jurídica que le ofrecen los arts. 1101 y ss. CC, o con la de los arts. 1902 y ss. CC¹¹⁹. Como ejemplos de concurso alternativo o impropio estarían el de las acciones redhibitoria y *quanti minoris* del art. 1486 CC en el caso de los vicios ocultos; o el de la acción para exigir el cumplimiento y la acción resolutoria del art. 1124 CC.

Lo que caracteriza al concurso propio de acciones es la unidad de fin de las varias acciones concurrentes, de manera que la obtención del fin por medio de una de ellas extingue la otra. Es decir, en los casos de concurso propio el actor tiene a su disposición dos o más acciones concurrentes, y puede optar, para obtener el mismo fin, por la acción que resulte más ventajosa. Normalmente empleará la que más garantías de éxito le ofrezca; o bien la que de forma más rápida le permita conseguir el objetivo perseguido; o, incluso, aquella que restrinja en mayor medida las posibilidades de defensa del deudor (v.gr., las que establecen motivos tasados de oposición).

Conviene distinguir claramente el concurso de acciones del denominado *concurso de normas* (o de leyes). Éste se produce cuando un mismo supuesto de hecho fundado en un mismo título o fundamento jurídico, que produce un único resultado o efecto, puede ser encajado en diversas normas jurídicas que abarcan todos sus elementos constitutivos¹²⁰. Como destaca TAPIA FERNÁNDEZ, no siempre que el mismo supuesto de hecho sea reconducible a dos o más normas se produce un concurso de leyes con todas las consecuencias procesales anejas. Es necesario que ese supuesto de hecho despliegue *las mismas consecuencias jurídicas* reconducibles a dos o más normas, de manera que si las consecuencias jurídicas varían, aunque el supuesto de hecho permanezca idéntico, estaremos en presencia de un concurso de acciones; y ello por tratarse de acciones diversas porque distinta es su causa de pedir¹²¹. La jurisprudencia se muestra en ocasiones bastante

119 También serían supuestos de concurso propio el del tomador de una letra de cambio que puede pretender el pago de la suma debida con base en la propia letra o en la relación subyacente. O el del propietario de la cosa dada en depósito, que puede pretender la devolución sobre la base de la acción *ex contractu* del art. 1766 CC, o a través de la acción reivindicatoria. O el del acreedor hipotecario que puede utilizar la acción hipotecaria, la acción ejecutiva ordinaria, o la acción declarativa.

120 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., p. 187, quien pone como ejemplo la acción del acreedor para impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho, prevista en los arts. 1291.3º y 1111 CC

121 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., p. 202.

confusa en cuanto a esta distinción, y ofrece argumentos contradictorios¹²².

Pero en realidad la posibilidad procesal de acumulación de acciones excluye el concurso de normas, porque o bien existen varias acciones cuyo ejercicio se acumula, o una acción única amparada en diversos preceptos del ordenamiento que se alegan dentro de un mismo proceso¹²³. Como destaca TORIBIOS FUENTES, la frontera entre ambos institutos depende en gran medida de la mayor o menor relevancia que demos al fundamento jurídico de la causa de pedir: si entendemos que el fundamento jurídico es determinante para la fijación de la *causa petendi* de la acción, estaremos ampliando el campo de la acumulación de acciones en detrimento del concurso de normas; por el contrario, si damos una concepción amplia al concurso de normas e identificamos la causa de pedir conforme a la teoría de la sustanciación (sólo importan los hechos), obtendremos el resultado opuesto¹²⁴. A mi juicio, a la vista de los elementos identificadores de la acción anteriormente expuestos, en especial el relativo a la *causa petendi*, me decanto por la primera de las opciones, es decir, entiendo que la vigente LEC ha apostado por la relevancia del fundamento o título jurídico de la causa de pedir, por lo que me parece más aconsejable optar por la diversidad de acciones minimizando los supuestos de concurso de normas¹²⁵.

122 Así, en las STS (1ª) 6 octubre 1992 (*RJ* 1992\7529); y STS (1ª) 15 febrero 1993 (*RJ* 1993\771), se viene a afirmar que «aun cuando un hecho dañoso sea violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una *yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales*, que da lugar a acciones que puedan ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una o por otra, e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible».

123 Cfr. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La acumulación de acciones en el proceso civil», en MARÍN CASTÁN, F. (Dir.), *El objeto del proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, Madrid, 1996, pp. 54 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, *La acumulación...*, cit., pp. 23 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.P., «Comentario a la STS de 20 de mayo de 1998», *CCJC*, núm. 48, 1998, p. 1217.

124 Cfr. TORIBIOS FUENTES, «El ejercicio...», cit., p. 19.

125 La STC 177/1985, de 18 de diciembre (*RTC* 1985\177), considera el concurso de normas como algo excepcional. Así, afirma: «Con esta forma de proceder el Magistrado de Trabajo en su Sentencia indudablemente alteró los términos del debate procesal y el “tema decidendi”, al cambiar el fundamento jurídico, que basaba y estructuraba la pretensión de pensión extraordinaria, y que era la razón porque se pedía o «causa petendi», por lo que a su vez trasmutó la pretensión en su contenido intrínseco, actuando más allá del ámbito de ejercicio del principio “iura novit curia”, porque operó sobre el elemento individualizador de la pretensión, que es el fundamento de derecho, *sin que existiera el supuesto excepcional de estar presente una concurrencia de normas que tuvieran unas mismas circunstancias, que configuran como supuestos de hecho a más de una norma jurídica*, ya que los supuestos de hecho de las dos normas reguladoras de las pensiones ordinarias y extraordinarias son indudablemente diferentes; por lo que, en definitiva, al cambiarse la pretensión ejercitada, por alterarse la causa de pedir y el fundamento jurídico que la apoyaba, imponiendo condiciones fácticas que

10. EL EJERCICIO ANTE LOS TRIBUNALES DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

Llegados a este punto, es preciso detenerse en los problemas que plantea el ejercicio ante los Tribunales de las acciones de responsabilidad civil. Pero para ello es preciso separar los casos en que la posible responsabilidad tiene una clara naturaleza contractual o extracontractual, y aquellos otros que se mueven en la franja dudosa, en la zona gris intermedia en la que existen elementos para inclinarse por la existencia de uno y otro tipo de responsabilidad.

10.1. SUPUESTOS EN QUE NO EXISTEN DUDAS SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD COMO CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL.

Cuando ninguna duda existe sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad, el perjudicado sólo tiene en sus manos una acción, que se corresponderá con el régimen que proceda aplicar en función de la existencia o no de una relación contractual entre las partes. Como afirma ASÚA GONZÁLEZ, «estableciéndose en nuestro ordenamiento dos regímenes de responsabilidad cuya intervención viene determinada por el hecho de que la conducta dañosa se configure o no como defectuoso cumplimiento de una relación obligatoria previa, parece difícilmente admisible que si el daño es contractual pueda serlo a la vez extracontractual o viceversa. Podrá ser dudoso y en absoluto pacífica, en un caso concreto, la calificación que procede (...). Pero ello no evita que aparezca como inconsistente, y sin apoyo en los datos legales, la admisión de (...) una zona mixta en la que convergen la perspectiva contractual y extracontractual»¹²⁶.

Así pues, en estos casos, la estimación o desestimación de la demanda queda sujeta a los condicionantes habituales relativos a su contenido, pudiendo el perjudicado obtener o no satisfacción a su pretensión. Ningún problema procesal puede afectar al desarrollo del procedimiento, entendido en su aspecto formal o externo, como secuencia de trámites dentro de los cuales tiene curso el proceso. Resulta curioso constatar en la jurisprudencia

no contenía aquélla, es evidente que, según la doctrina antes expuesta, padece la congruencia amparada por el art. 24 CE y se vulnera el principio de contradicción procesal y el derecho a la defensa en tal norma también amparados, por lo que ha de otorgarse el amparo solicitado».

126 Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad civil...», cit., p. 724

dencia que, cuando se utiliza la acción correcta (contractual o extracontractual), nunca aparece ninguna referencia a la doctrina de la unidad de la culpa civil. Lo habitual es, en cambio, que se acuda a la unidad de la culpa civil cuando el actor concreta de manera inadecuada su pretensión. Un ejemplo de esta manera de enfocar las cosas, entre otros muchos, es la STS (1ª) 6.5.1998 (RJ 1998\2934). En este caso, la resolución recurrida había absuelto a la parte demandada por entender que la acción ejercitada era la de responsabilidad extracontractual, como se desprendía de la demanda en la que se citaban, como apoyo legal, los arts. 1902 y 1903 CC, y que tal acción se hallaba prescrita (como excepcionó la parte demandada) por haber transcurrido el plazo de un año que el art. 1968 CC señala para la prescripción de tal clase de acciones. Además, la resolución recurrida había entendido (a mi juicio correctamente) que el demandante (recurrido) había modificado su anterior criterio a partir de la comparecencia, así como en el acto de la vista de apelación, afirmando que la responsabilidad era contractual; y que tal cambio no era procesalmente admisible por alterar la causa de pedir, originando, si se admitía, indefensión del demandado.

Por el contrario el TS casa la sentencia y considera que la relación que une a los enfermos atendidos en clínicas y hospitales, *tiene un componente contractual*, concretamente de arrendamiento de servicios. A ello se añade: «ha de tenerse en cuenta que la moderna jurisprudencia ha acuñado la doctrina de la unidad de la culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, *no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda*, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo “*da mihi factum, dabo tibi ius*”»¹²⁷.

A lo anterior debe añadirse el problema de fondo que late en casi todas las sentencias donde aparece el argumento de la unidad de la culpa civil: que había transcurrido el plazo de un año que el art. 1968 CC contempla para la acción de responsabilidad extracontractual, por lo que se entiende

127 Vid. comentario de GÓMEZ CALLE, E., en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1177 y ss. A los vaivenes de la jurisprudencia en este punto se refiere PANTALEÓN, «Comentario al artículo 1902 del CC», cit., pp. 1977 y ss.

que el perjudicado queda mejor protegido bajo el paraguas de la prescripción de quince años del art. 1964 CC, aunque la demanda estuviera incorrectamente planteada. A esta cuestión se refiere, como vimos, la STS (1ª) 12.2.2000 (RJ 2000\820) cuando habla de estos «plazos tan dispares que, incomprensiblemente, se mantienen en nuestro Derecho Positivo y que, sin duda, producen una incesante polémica aplicatoria por las lógicas tensiones que emergen de las explicable aspiraciones de los afectados que ante el temor de padecer ese severísimo plazo anual, pretenden gozar del también desmesurado de 15 años, suplantando con frecuencia acciones extracontractuales evidentes acomodaticias contractuales con la consiguiente diatriba de su acogimiento jurisprudencial, semilla, tal vez, de la discutible tesis de la unidad de culpa civil, desvío que, acaso, pueda corregirse merced a la llamada “*tutela procesal unitaria de la culpa civil*”».

A mi juicio, reiterando lo anteriormente afirmado, cuando la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad es clara, el perjudicado dispone de una única acción. Sin embargo, los problemas aparecen cuando el perjudicado se equivoca en el momento de plantear la demanda, fundamentándola en la responsabilidad extracontractual cuando se trata de un caso de responsabilidad contractual, o al revés. En estos casos, es preciso analizar qué cauces proporciona la LEC para solventar (si es que es posible) el problema. Dentro de estos supuestos en que no existen dudas sobre la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual me parece conveniente separar la actividad procesal de las partes, de aquella otra que corresponde desarrollar al Tribunal.

A) Actividad procesal de las partes

A) Si el demandante es consciente de haber articulado la acción incorrecta, mientras no se haya producido la contestación a la demanda, puede proceder a una ampliación de la demanda. El art. 401.1 LEC es muy claro en cuanto al momento procesal en que se permite la acumulación de acciones: «*No se permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda*». Sin embargo, antes de este momento preclusivo, se aplica la regla del art. 401.2 LEC: «*Antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados*». Como se puede ver, se admite tanto la acumulación objetiva como la subjetiva (arts. 71 y 72 LEC), lo que tiene su importancia en caso de que existan varios posibles responsables solidarios

del daño, ya que no se produce en este caso litisconsorcio pasivo necesario¹²⁸. En cualquiera de los casos, el plazo para contestar a la demanda se volverá a contar desde el traslado de la ampliación de la demanda.

Por lo que se refiere a la acumulación objetiva de acciones, el demandante puede por esta vía ampliar la demanda formulando la acción correcta (contractual o extracontractual) y desistir de la planteada equivocadamente¹²⁹. Pero tiene igualmente la posibilidad de solicitar una acumulación eventual o subsidiaria de acciones, porque en este caso no se precisa que las acciones sean compatibles entre sí (art. 71.4 LEC). De esta manera, aunque inicialmente hubiera solicitado equivocadamente una concreta tutela jurídica, lo que hace ahora es añadir otra diferente ante la *eventualidad* de que la primera sea rechazada. Como antes vimos, con esto se consigue establecer una jerarquía entre las acciones. Se quiere primero A y, para el supuesto que no se conceda (porque se es conciente de que la demanda inicial se articuló incorrectamente), se solicita B.

En los casos de acumulación subjetiva de acciones, sobre los que volveré más adelante, ampliar la demanda permite dotar a la sentencia de una mayor efectividad, y faculta la ejecución respecto a cualquiera de los responsables solidarios que hayan sido parte en el proceso (art. 542 LEC), pero tiene el riesgo de tener que afrontar el pago de las costas de varios demandados (art. 394.3 LEC). Además, al no existir litisconsorcio pasivo necesario, en los casos de acumulación subjetiva de acciones el pronunciamiento de la sentencia no tiene que ser único para todas las partes, pudiendo darse una diversidad de soluciones. No obstante, debe tenerse presente que la normativa aplicable puede impedir la ampliación subjetiva de acciones. Así, en el caso de ejercicio de reclamaciones a portadores sucesivos, la Ley 15/2009 (de contrato de transporte terrestre de mercancías) prevé en su art. 65 que el *ius electionis* entre los diversos responsables solidarios «se extinguirá desde el momento en que el demandante ejercite su acción contra uno de ellos». No se permite, por tanto la ampliación subjetiva, aunque sí se prevé que la acción pueda interponerse inicialmente contra varios

128 STS (1^ª) 28 febrero 2008 (RJ 2008\5212).

129 No obstante, así como el momento preclusivo para ampliar la demanda es la contestación a la misma, para el desistimiento, el art. 20.2 LEC sólo admite el desistimiento unilateral sin ninguna otra formalidad cuando se realiza antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio. Tras el emplazamiento cabe el desistimiento, pero se le debe dar traslado al demandado y proceder con arreglo a lo dispuesto en el art. 20.3 LEC: si el demandado se opone, el Juez resuelve lo que estime oportuno.

porteadores a la vez. La acumulación objetiva no tiene sentido en este caso pues el art. 63 de esta Ley consagra un único régimen de responsabilidad aplicable a toda acción que persiga una indemnización por daños y perjuicios derivados del transporte.

B) Como hemos visto, el art. 401.1 LEC prohíbe la acumulación de acciones después de contestada la demanda. Por lo tanto, a partir de ese momento, le está vedada al demandante la posibilidad de acumular nuevas acciones. Pero ahora tampoco podrá variar el contenido de su demanda, porque no se puede considerar que lo único decisivo en la demanda sean los hechos. Si así fuera, mientras éstos no se modifiquen no se alteraría la causa de pedir, por lo que no habría ningún obstáculo para que el actor pudiera usar unos u otros fundamentos jurídicos, pudiendo a su voluntad variarlos a lo largo del proceso.

A esta prohibición, referida a las partes, se refiere específicamente la LEC. Como vimos, con arreglo al art. 410 LEC, los efectos procesales de la litispendencia se producen desde la interposición de la demanda, si después es admitida. Y entre estos efectos, referidos al objeto del proceso, está el de prohibir su modificación. La *mutatio libelli* le está vedada no sólo al Tribunal, sino también a las partes. A ello se refiere el art. 412.1 LEC: «Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente». Nuevamente podemos constatar que el momento preclusivo para impedir la *mutatio libelli* es el de la contestación a la demanda (o, si ha existido reconvencción, el de la contestación a ésta).

Tampoco está abierta la vía de las alegaciones complementarias a que se refiere el art. 410.2 LEC, conforme al cual, la prohibición de alterar el objeto del proceso se establece «sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley». Por si alguna duda hubiere, el art. 426 zanja cualquier alternativa posible. El art. 426.1 LEC prevé que en la audiencia previa los litigantes puedan efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario, pero siempre «*sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos*». Esta imposibilidad de modificar la pretensión o sus fundamentos aparece igualmente recogida en el art. 426.2 LEC respecto a posibles aclaraciones o rectificaciones: «También podrán las partes aclarar las alegaciones que hubieren formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, *siempre sin alterar*

*éstas ni sus fundamentos»*¹³⁰.

Debe destacarse, finalmente, que una vez fijado el objeto del proceso tampoco es posible su modificación con ocasión de los recursos que procedan. El TS se ha pronunciado de manera reiterada sobre esta particular¹³¹, pero otras tantas veces ha sostenido lo contrario, como ocurre con casi todas las sentencias que utilizan el polivalente argumento de la unidad de la culpa civil¹³².

C) Cabe plantear si un demandante consciente de haber articulado la acción incorrecta, *antes de que recaiga sentencia* puede plantear una nueva demanda frente al mismo sujeto responsable, con unos fundamentos jurídicos diferentes. Como ya vimos, tampoco esta vía es posible porque no lo permite el art. 400.1 LEC, conforme al cual «cuando lo que se pida en la demanda *pueda fundarse* en diferentes hechos o *en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior»*. En este caso es la litispendencia lo que impide formular una nueva demanda, porque a estos efectos los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior *si hubiesen podido alegarse en éste* (art. 400.2 LEC).

Los efectos procesales de la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida (art. 410 LEC), pero del art. 400.2 LEC se desprende que tales efectos no sólo abarcan lo deducido en el litigio, sino también lo deducible. La litispendencia se puede oponer como excepción por el demandado al contestar la demanda, y puede ser también apreciada de oficio por el Tribunal (art. 421 LEC)¹³³. Como vimos, por razones de economía y armonía, el derecho positivo configura la existencia

130 Como destaca TORIBIOS FUENTES, «El ejercicio...», cit., p. 25, nota 71, lo que si cabría en este caso es una acumulación sucesiva o accesoria de acciones. Tal apreciación es admisible y en nada cambia los razonamientos del texto, y sería interesante para el caso de peticiones complejas, pues en el fondo no se está con ello alterando la causa de pedir.

131 De manera especial en STS (1ª) 22 julio 1997 (RJ 1997\6156); STS (1ª) 31 diciembre 1999 (RJ 1999\9622); y STS (1ª) 12 marzo 2002 (RJ 2002\5694).

132 La citada STS (1ª) 6 mayo 1998 (RJ 1998\2934), es sólo una más, entre otras muchas. Es precisamente en el recurso de casación cuando se denuncia infracción de los arts. 1104 y 1107 CC, alegando como cuestión nueva que la responsabilidad por la que se reclama es, pese a lo mantenido en la demanda, la contractual.

133 Cfr. DAMIÁN MORENO, «Comentario al art. 421 LEC», cit., pp. 2134 y ss.; MONTERO AROCA, en MONTERO – GÓMEZ COLOMER – MONTÓN – BARONA, *Derecho Jurisdiccional, II*, cit., pp. 131 y ss.

de un proceso como excluyente. Una vez que comienza un proceso, la litispendencia tiene como finalidad impedir que se origine otro con la misma pretensión, o más bien impedir su subsistencia si ya se ha planteado la segunda demanda, entre los mismos sujetos y con el mismo objeto que el que está pendiente (arts. 416 y 421 LEC)¹³⁴. Se trata en definitiva de impedir que un mismo objeto procesal pueda ser resuelto por sentencias contradictorias.

Frente a lo anterior no puede argumentarse que la *causa petendi* de una y otra acción es diferente, porque lo esencial (art. 400.2 LEC) es que sea lo mismo lo que se pide (la reparación del daño). Como destaca VALLINES GARCÍA, para que la regla de preclusión del art. 400.1 LEC sea aplicable no es preciso que los *petita* sean exactamente idénticos, no es necesario que sean exacta y precisamente iguales en la acción que se ejercita y en la que precluye. Es suficiente con que los *petita* sean homogéneos. Es decir, lo relevante para la aplicación del art. 400.1 LEC es que la acción que se ejercita y la que precluye, a pesar de ser diversas por la *causa petendi*, sirvan a una misma finalidad, o concurran a un mismo resultado o fin¹³⁵.

Cuando existen varios responsables solidarios (ya tenga su obligación origen en una relación contractual o extracontractual), debe tenerse presente que el *ius variandi* del perjudicado no implica litispendencia, pues ésta requiere que entre los dos procesos se den las necesarias identidades subjetivas, objetivas y de causa. El acreedor está facultado para reclamar el pago de la totalidad de la deuda frente a cualquiera de los obligados sucesivamente, sin tener que esperar a la resolución de los pleitos pendientes, y sin que la existencia de un proceso frente a uno le impida demandar a otro de los deudores. Sobre esto volveré más adelante.

D) El efecto señalado de la litispendencia no puede ser tampoco evitado por el acreedor a través de la figura de la acumulación de procesos. Como vimos, el art. 78.2 LEC, impide la acumulación de procesos a instancia de parte «cuando *no se justifique que*, con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de ésta o con la reconvención, *no pudo promoverse*

134 Cfr. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, cit., p. 312.

135 Cfr. VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 219 y ss. En el mismo sentido, TAPIA FERNÁNDEZ, I., – *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Colección LEC/2000, La Ley, Madrid, 2000, p. 29. Precisamente, como ejemplo del efecto preclusivo del art. 400 LEC, pone VALLINES (p. 220) el siguiente: «Acción que se ejercita: de condena a entregar cantidad en concepto de daños morales por responsabilidad extracontractual derivada de accidente de autobús. Acción que precluye: de condena a entregar cantidad en concepto de daños morales por responsabilidad contractual derivada de contrato de transporte. Identidad de *petita*: la misma cantidad».

un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda». La finalidad del precepto es clara: evitar que con la acumulación de procesos se intenten subsanar las deficiencias que se cometieron en el proceso al que se pretende la acumulación del posterior¹³⁶.

No obstante, como luego veremos, cuando existen varios responsables solidarios no se produce litispendencia por el hecho de que el perjudicado utilice el *ius variandi* mientras está pendiente otro proceso. De hecho, según el art. 78.1 LEC, «no procederá la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia». Parece entonces que, si no hay litispendencia, cabe la acumulación de procesos. Sin embargo, tampoco el perjudicado tiene esta posibilidad. Según el art. 78.2 LEC no procede la acumulación de procesos a instancia de parte cuando no se justifique que con la primera demanda no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda. Pero además, el supuesto quedaría igualmente afectado por el núm. 3 del art. 78 LEC, conforme al cual, si los procesos cuya acumulación se pretenda fueren promovidos por el mismo demandante, «se entenderá, salvo justificación cumplida, que pudo promoverse un único proceso en los términos del apartado anterior y no procederá la acumulación». Es decir, en estos casos cabe sólo la acumulación inicial. El perjudicado conserva el *ius variandi*, pero no es posible la acumulación posterior de procesos, por lo que puede encontrarse finalmente con pronunciamientos diferentes.

E) Finalmente, cabe plantear si el demandante, *después de que recaiga sentencia desestimatoria* y tras no obtener la reparación reclamada, puede plantear una nueva demanda utilizando la acción correcta, dirigida frente al mismo sujeto responsable, pero con unos fundamentos jurídicos diferentes. Esta posibilidad también le está vedada al perjudicado en función de la eficacia negativa o excluyente de la cosa juzgada material, que impide plantear otro proceso sobre un asunto ya decidido con anterioridad (art. 222.1 LEC)¹³⁷.

136 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «Comentario al art. 400 LEC», cit., p. 1665.

137 Cfr. DE LA OLIVA *Objeto del proceso...*, cit., pp. 102 y ss.; GARNICA MARTÍN, «Comentario al art. 222 LEC», cit., pp. 865 y ss.ss.

Teniendo en cuenta el supuesto que estamos aquí planteando, el art. 222, núm. 2 y 3 LEC es muy claro: la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y, en su caso, reconvenición, y afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes. Pero además, lo mismo que ocurre con la litispendencia, la cosa juzgada alcanza igualmente a lo no deducido pero deducible, es decir, a aquellos hechos o títulos jurídicos que, pudiendo invocarse, no se invocaron, aquellos que razonable y temporalmente pudieron ser discutidos. El art. 400.2 LEC establece expresamente que, a efectos de la cosa juzgada, «*los hechos y los fundamentos jurídicos* aducidos en un litigio *se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste* (art. 400.2 LEC). Por ello, como vimos, si coinciden los sujetos y lo que se pide (*petitum*), y el actor solicita lo mismo frente al mismo demandado, aunque con un fundamento jurídico diferente (me refiero al *enfoque o título jurídico*, es decir, la calificación jurídica, no a las simples citas legales) la cosa juzgada evita la eficacia de ese segundo proceso porque se lo impide la norma preclusiva contenida en el art. 400 LEC¹³⁸.

B) Facultades procesales del Tribunal.

Paso ahora a analizar la actividad procesal que debe desarrollar el Tribunal en estos supuestos en que no existen dudas sobre la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual, y el perjudicado se equivoca en el momento de plantear la demanda, fundamentándola en la responsabilidad extracontractual cuando se trata de un caso de responsabilidad contractual, o al revés. Prescindo de reiterar de nuevo las consecuencias de aplicar la doctrina de la unidad de la culpa civil, que no resuelven el problema sino que lo sortean en función de la justicia del caso concreto.

A) El Juez o Tribunal no puede basarse en el *iura novit curia* para modificar el enfoque o título jurídico de la *causa petendi*. Se lo impide el ap. 2º del art. 218 LEC cuando dice: «El tribunal, *sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer*, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes». El Tribunal puede aplicar las normas que estime ade-

¹³⁸ Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La cosa juzgada», cit., pp. 267 y ss.; y «Comentario al art. 400 LEC», cit., p. 1665.

cuadas, cuando las partes hayan hecho una cita incorrecta de las mismas, pero en ningún caso puede prescindir del fundamento jurídico esgrimido por las partes cuando suponga modificar los términos del debate¹³⁹. En definitiva, el principio *iura novit curia* no permite al Tribunal apartarse del fundamento jurídico que se ha hecho valer por las partes, aunque sí tiene libertad en cuanto al elemento puramente normativo (las normas que no han sido *acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*). Por tanto, lo que en ningún caso puede hacer el Tribunal es variar la calificación jurídica o fundamento jurídico, es decir, el enfoque o razonamiento jurídico que la parte ha hecho valer, ya que se podría privar a la otra parte, sorprendiéndola, de toda posibilidad de defensa, y se le causaría indefensión.

Resulta curioso constatar que, sobre la base del art. 359 LEC/1881, el TS venía enfocando correctamente el problema, hasta que empezó a contaminarse con la doctrina de la unidad de la culpa civil. En este sentido, en la STS (1ª) 10.2.1966 (RJ 1966\450), se afirma: «(...) los fundamentos fáctico y jurídicos que se sentaron en la demanda o los que opuso la contestación, son los determinantes del fallo, sin perjuicio de la facultad del juzgador de citar otros preceptos legales, *siempre que no se alteren los términos fundamentales de la acción, la cual de modo alguno puede ser sustituida por otra que no haya sido ejercitada, resolviéndose en este caso un pleito distinto del que fue sometido a la decisión del juzgador*».

Este es también el criterio de la STS (1ª) 26.4.1966 (RJ 1966\2164): «si se reclama en un pleito el cumplimiento de lo convenido, ni cabe recatemente basar la demanda en el art. 1902 CC, y por ello sin duda no aparece referencia a él entre los fundamentos de derecho de la que originó el presente pleito, ni citar con éxito en casación, para impugnar lo resuelto en la instancia, un precepto de tan evidente inaplicación al caso controvertido; de ahí que esta parte del motivo, al enfocar así la cuestión, la presenta como “nueva” en el terreno procesal y “extemporánea” en el aspecto sustantivo»¹⁴⁰.

139 Como destaca DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, *Comentarios...*, cit., p. 248, el juzgador ha de resolver con arreglo a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes, pues no cabe confundir los fundamentos jurídicos de las pretensiones deducidas en el proceso con los fundamentos legales del fallo, por lo que el Tribunal aplicará las normas que estime adecuadas, aunque las partes no las hayan alegado o sean distintas de las que estimen de aplicación al caso, pero sin que ello signifique «que el juez pueda prescindir de la fundamentación jurídica esgrimida por las partes cuando suponga modificar los términos del debate».

140 En el mismo sentido la STS (1ª) 3 de noviembre de 1966 (RJ 1966\4838).

Mucho más tajante es la STS (1ª) 24.6.1969 (*RJ* 1969\3635): «La acción por culpa contractual, por un lado, y la aquiliana, por otro, constituyen dos acciones distintas como derivadas de preceptos, de título y de causas diferentes, aunque su finalidad última sea análoga, pues de la culpa contractual y la extracontractual nace la responsabilidad que de estos dos supuestos derivan los arts. 1001 y 1902 CC, respectivamente, discriminando perfectamente que de cada uno de esos supuestos surge una distinta responsabilidad determinada en dos preceptos diferentes, como distintas son las finalidades que persigue, pues mientras la acción aquiliana lleva en sí la obligación de “reparar” y así lo establece el precepto normativo que la regula, la del art. 1101 –culpa contractual– sujeta al responsable del daño a “indemnizar”, y siendo ello así, si la cuestión litigiosa se centraba sobre la base de una reclamación de daños y perjuicios en el ejercicio de la acción reparadora derivada del art. 1902 CC, en cuyos términos se tramitó y fue cerrado el debate judicial, se hace indudable que la sentencia recurrida no respetó la relación jurídico-procesal establecida por las partes al separarse de ella, prescindiendo de los términos en que aquélla se fijó, derivando en una resolución por causa distinta de la invocada, y encuadrando por tanto el problema judicial en un negocio jurídico por ninguna de las partes aludido sin respetar los términos del litigio y partiendo de supuestos ajenos al planteamiento de la litis».

Debe destacarse, no obstante, que este criterio tampoco ha sido abandonado por el TS una vez que ha comenzado a barajar el principio de la unidad de la culpa civil. Así, en la STS (1ª) 29.11.1994 (*RJ* 1994\9165), se afirma que cuando «el interesado se manifiesta optando de modo exclusivo por la responsabilidad contractual (...), la Audiencia no debía haber entrado en el examen de la aquiliana, dado que la “causa petendi” se configura tanto por los hechos como por la fundamentación jurídica de los mismos (...). Lo cierto es que la demanda no se formuló por el art. 1902 y no puede variarse la “causa petendi”, por no haberse discutido en el pleito, lo que impidió la defensa de la contraparte, de manera que resultaría incongruente acoger una pretensión no ejercitada».

En sentido similar se expresa la STS (1ª) 26.12.1997 (*RJ* 1997\9663): «Si bien esta Sala tiene declarado que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o

subsidiariamente o, incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor del perjudicado (...), *dicha doctrina jurisprudencial carece de aplicación al supuesto en el que la propia parte, de manera expresa y categórica, opta por ejercitar única y exclusivamente la acción correspondiente a una de esas dos clases de responsabilidad, pues en ese caso (como es el aquí contemplado) el juzgador solamente puede resolver la acción ejercitada conforme a las normas propias de la clase de responsabilidad invocada, sin que le sea posible aplicar las específicas y privativas normas de la otra clase de responsabilidad (como son las atinentes al plazo de prescripción de las respectivas acciones), ya que, si así lo hiciera, cambiando la única y exclusiva acción ejercitada, vendría a alterar, sustancialmente, la “causa petendi” de la demanda y a dejar a la otra parte en una situación de evidente y totalmente recusable indefensión.*

A la misma situación se refiere la STS (1ª) 3.5.1999 (RJ 1999\3426) cuando afirma « *la Sala entiende que existe cambio de acción si, ejercitada la acción por culpa extracontractual, se pretende que el Tribunal condene con base a culpa contractual (...) la parte actora ha ejercitado una acción derivada del art. 1902 CC (...), pero la sentencia de apelación fundamenta su fallo en las previsiones contractuales acordadas por las partes, y aprecia la presencia de un caso de culpa contractual, es evidente que, al juzgar, ha existido cambio de acción y, en su consecuencia, se ha hecho efectiva la situación de indefensión que el art. 24.1 CE prohíbe al entrañar la decisión de instancia un pronunciamiento sobre materias no debatidas en el proceso y respecto de las cuales no existió la necesaria contradicción.*»

B) Si el Juez o Tribunal se basara en el *iura novit curia* para modificar el enfoque o título jurídico de la *causa petendi* estaría incurriendo en incongruencia tal y como se desprende del art. 218.1 LEC. Según este precepto, las sentencias «deben ser claras, precisas y *congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes*, deducidas oportunamente en el pleito». Este mismo precepto es el que impide a los Tribunales resolver apartándose «de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer».

Como vimos anteriormente es doctrina reiterada del TC que cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y por

ende del fundamental derecho de la defensa. Entre las más recientes, según la STC 91/2010, de 15 noviembre, para que la incongruencia adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones suponga una *modificación sustancial del objeto procesal*, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio. Esto es lo que ocurre cuando la decisión judicial se pronuncia sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales. La *mutatio libelli* le está vedada no sólo a las partes, sino también al Tribunal.

C) Posible solución.

Como conclusión de los anteriores argumentos, en aquellos casos en que no exista ninguna duda sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad, si el perjudicado no utiliza la acción adecuada, entiendo que la única posibilidad que tiene en sus manos es la que le ofrece el art. 20 LEC: el desistimiento. A diferencia de la renuncia (regulada en el art. 20.1 LEC), que supone la dejación o abandono de la acción o del derecho, el desistimiento es el abandono del proceso por el actor, quedando imprejuzgada la acción. Por ello, se le permite plantear nuevamente el litigio entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.

Según el art. 20.2 LEC, el demandante podrá desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio (también puede desistir unilateralmente, en cualquier momento, cuando el demandado se encuentre en rebeldía). Si se desiste antes del emplazamiento al demandado, no hay ningún obstáculo procesal para que presente una nueva demanda en que se ejercite la acción adecuada, que se corresponda con el tipo de responsabilidad en que se haya incurrido. El único problema será el de las costas, pero siempre será mejor asumir éstas que arriesgarse a que la demanda sea desestimada y a que no pueda ser planteada nuevamente con un fundamento jurídico distinto, por las consecuencias que produce la cosa juzgada¹⁴¹. Pues no debe olvidarse

141 Cfr. TORIBIOS FUENTES, «El ejercicio...», cit., p. 27.

que ésta alcanza a aquellos hechos o títulos jurídicos que, pudiendo invocarse, no se invocaron. Como destaca el art. 400.2 LEC, «*los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.*»

Si ya se ha emplazado al demandado, la situación cambia, pues debe dársele traslado por plazo de diez días. Si el demandado se opone al desistimiento, el Juez resolverá lo que estime oportuno. Y sólo cuando el demandado preste su conformidad al desistimiento o no se oponga a él dentro del citado plazo, puede el Secretario judicial dictar decreto acordando el sobreseimiento. En este caso, como reconoce el art. 20.3 LEC «el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto».

10.2. SUPUESTOS QUE PUEDEN PLANTEAR DUDAS SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD COMO CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL.

Distinta debe ser la manera de plantear las cosas cuando, ante un supuesto concreto, puedan existir dudas sobre si estamos ante un caso de responsabilidad contractual o extracontractual. Aparte de los supuestos de por sí dudosos o discutidos, como pueden ser los relativos a la responsabilidad precontractual, no son pocos los casos que, aun estando claros desde un punto de vista dogmático, los Tribunales consideran como dudosos. Así sucede con tantas sentencias que consideran que un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro. Como reconoce la STS (1ª) 26.12.1997 (RJ 1997/9663), lo habitual en estos casos es hablar de una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente. Pero dicha yuxtaposición de responsabilidades tiene que tener un enfoque adecuado desde el punto de vista procesal.

Si se reconoce al perjudicado la posibilidad de optar por una u otra acción, estaremos ante un concurso propio de acciones. Precisamente, como antes destacué, es habitual poner como ejemplo del concurso propio de las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual en esas llamadas *zonas grises* en que, partiendo de unos mismos hechos, el perjudicado puede accionar con la fundamentación jurídica que le ofrecen los arts. 1101 y ss. CC, o con la de los arts. 1902 y ss. CC¹⁴². En este concurso pro-

142 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., pp. 186, y 256 y ss.

pio las acciones coinciden en los sujetos y en el *petitum*, y se diferencian por la *causa petendi*. El actor dispone aquí de dos acciones concurrentes y, para conseguir el mismo fin (la reparación del daño), puede optar por la acción que le resulte más ventajosa. Es decir, es él quien fija el objeto del proceso. Los supuestos que se pueden plantear son los siguientes.

A) Actividad procesal del demandante

A) Si el perjudicado elige una de las acciones, ya no puede modificarla a lo largo del proceso. Como acabamos de ver, la *mutatio libelli* le está vedada tanto al Tribunal como a las partes. El art. art. 412.1 LEC es muy claro al respecto: «Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, las partes no podrán alterarlo posteriormente». Ni siquiera tienen en sus manos la posibilidad de modificar el objeto del proceso a través de las alegaciones complementarias previstas en el art. 410.2 LEC, porque el art. 426.1 LEC sólo las admite «sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos».

B) Ante el peligro que entraña optar por una u otra acción lo que sí puede hacer el perjudicado es ejercitar acumuladamente las dos acciones. Existiendo concurso de acciones, cabe procesalmente una *acumulación de pretensiones*. Como ya destaqué, el fundamento de esta acumulación está en la conexión existente entre las mismas, es decir, la identidad de alguno o varios de sus elementos (sujetos, *petitum* o *causa petendi*)¹⁴³. La acumulación de acciones exige una cierta conexidad entre éstas. Si los tres elementos de toda acción (sujetos, *petitum* y *causa petendi*) coincidieran, las acciones serían idénticas. En cuanto varía alguno de esos elementos hay diversidad de acciones. Por eso, como ya se puso de relieve, pueden coincidir los sujetos y el *petitum*, pero ser diferente la *causa petendi*, que es lo que ocurre precisamente en los casos dudosos de responsabilidad contractual y extracontractual por un mismo hecho dañoso.

C) No es posible utilizar la figura de la *acumulación simple*, porque el actor no puede pretender que se le conceda tanto lo pedido en una como en otra acción. El TS ha declarado que ambos tipos de responsabilidad no se pueden reclamar a la vez, como derivadas de unos mismos hechos, porque uno solo es el perjudicado [STS (1ª) 17.11.1980 (RJ 1980\4206);

143 Cfr. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 270 y ss.

STS (1ª) 9.7.1984 (RJ 1984\3801)], sino que lo que debe hacerse es «simplemente elegir entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin» [STS (1ª) 30.12.1980 (RJ 1980\4815)], porque «lo que ciertamente importa es evitar la duplicidad de las indemnizaciones» [STS (1ª) 18.10.1983 (RJ 1983\5332)].

D) Sí que es posible una *acumulación eventual o subsidiaria*. En este caso las acciones son incompatibles entre sí, pero el art. 71.4 LEC se refiere precisamente a la posibilidad de acumulación eventual de «acciones entre sí incompatibles». El actor solicita una concreta tutela jurídica como acción principal y, subsidiariamente, ante la *eventualidad* de que la misma sea rechazada, ejercita la otra.

E) No tiene encaje la denominada *acumulación alternativa*. Ciertamente el actor tiene en sus manos dos acciones incompatibles; pero en la acumulación alternativa no es el actor el que señala una como principal, sino que la petición se refiere a una u otra, de manera que es el Juez quien debe pronunciarse, eligiendo la que considere procedente. Como vimos, la mayoría de la doctrina considera esta posibilidad como inadmisibles, fuera del caso de las obligaciones alternativas. Por ello, debemos considerar que una acumulación alternativa de acciones produce un defecto legal en el modo de proponer la demanda (art. 424 LEC).

B) Facultades procesales del Tribunal.

A) Si el perjudicado elige una de las acciones, el Juez o Tribunal sólo puede tomar en consideración esa concreta acción ejercitada. Ciertamente el actor dispone aquí de dos acciones concurrentes y puede optar por la acción que le resulte más ventajosa; pero el Tribunal en ningún caso puede decidir sobre la acción concurrente no actuada¹⁴⁴. Nuevamente se lo impide aquí el ap. 2º del art. 218 LEC: «El tribunal, *sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer*, resolverá conforme a las normas aplicables al caso». No corresponde al Tribunal sino al actor decidir qué tutela, entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. La Exposición de Motivos de la LEC es especialmente clara en este punto: «Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al

144 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cir., pp. 189 y ss.

caso. *Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela.* Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado». Como más adelante se recoge en la misma Exposición de Motivos, salvo en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción, esta inspiración fundamental del proceso «no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce *dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir*».

B) Tratándose de acciones diversas, aunque conexas, si el actor ha elegido una de ellas, la litispendencia impide que se inicie un nuevo proceso en el que se plantee la acción concurrente. Es aquí donde existe una diferencia importante respecto a la legislación procesal derogada. Con anterioridad, a juicio de TAPIA FERNÁNDEZ, en este caso, iniciado un proceso con base en una acción (la que el actor elija), la excepción de litispendencia no debería impedir que se siguiera un segundo proceso en el que se ejercitase la acción concurrente con base en diverso elemento causal¹⁴⁵. En la actualidad no cabe esta posibilidad porque no lo permite la norma preclusiva contenida en el art. 400 LEC. Es lo que DE LA OLIVA denomina, a efectos de un segundo proceso, «*objeto virtual del proceso*», en el sentido de que el objeto del primer proceso va más allá de los realmente debatido y resuelto¹⁴⁶. Como destaca VALLINES, si dos acciones son diferentes cuando su causa de pedir es distinta, y el art. 400.1 LEC afecta a las facultades de alegación de las causas de pedir distintas, entonces es que este precepto afecta a acciones diferentes que tienen una causa de pedir distinta¹⁴⁷. El Tribunal debe actuar entonces conforme se prevé en el art. 421.1 LEC: «*Cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio (...) dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento*».

C) Finalmente, elegida una acción, después de que haya recaído sentencia, la cosa juzgada impide que pueda volver a plantearse la otra acción

145 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., pp. 189 y ss.

146 Cfr. DE LA OLIVA, *El objeto...*, cit., pp. 78 y ss.

147 Cfr. VALLINES GARCÍA, *La preclusión...*, cit., p. 219.

concurrente no ejercitada en el primer proceso¹⁴⁸. De nuevo aparece aquí la cuestión sobre el objeto virtual del proceso. La misma norma preclusiva contenida en el art. 400 LEC, ahora en relación con el art. 222 LEC, cierra la posibilidad de ejercicio de la nueva acción. La legislación derogada no establecía esta prohibición de una manera clara, sino que todo dependía del criterio jurisprudencial¹⁴⁹. Ahora el art. 400 funciona como una norma de cierre, en la que de alguna manera se le hace un reproche al actor por no haber iniciado correctamente el proceso utilizando la acción adecuada.

En definitiva, dentro de estas zonas grises, precisamente por existir un concurso propio de acciones (por responsabilidad contractual y extracontractual), el perjudicado dispone de dos acciones concurrentes para conseguir el mismo fin (la reparación del daño). Aunque puede optar por la acción que considere más conveniente (fijando definitivamente el objeto del proceso), ante la posibilidad de utilizar la acción incorrecta, lo más ventajoso es ejercitar acumuladamente las dos acciones. Y no siendo posible la acumulación simple, porque el actor no puede pretender la misma tutela, lo procedente es que utilice la vía de la *acumulación eventual o subsidiaria*, que permite el art. 71.4 LEC. De esta manera, el actor solicita una concreta tutela jurídica como acción principal y, subsidiariamente, esto es, ante la *eventualidad* de que la misma sea rechazada, ejercita otra.

10.3. POSIBLES CONSECUENCIAS DEL MANTENIMIENTO DE UNA ACTIVIDAD PROCESAL EQUIVOCADA.

La consecuencia de adoptar una actividad procesal equivocada en estos casos puede implicar la posible responsabilidad civil del Abogado. Aunque jurisprudencialmente se considera que estamos aquí ante una obligación de medios y no de resultado, no es menos cierto que la actuación del Abogado debe acomodarse a la *lex artis*¹⁵⁰, es decir al patrón de comportamiento que en el ámbito profesional de la abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado exigibles para un correcto ejercicio de la misma, en cuanto responde a aquel nivel de conocimiento de los preceptos legales y de la jurisprudencia que los interpreta que resulta imprescindible para

148 Cfr. TORIBIOS FUENTES, «El ejercicio...», cit., p. 28.

149 Vid. las consideraciones de TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia...», cit., pp. 189, y 291 y ss.

150 Cfr. CRESPO MORA, *La responsabilidad...*, cit., pp. 81 y ss.; PARRA LUCÁN, M.A. – REGLERO CAMPOS, F., «La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho», en en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, II. Parte especial primera, 4ªed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 826 y ss.

poder reclamar ante los Tribunales la tutela efectiva de los intereses legítimos de los ciudadanos. En este sentido se expresa la STS (1ª) 8.4.2003 (RJ 2003\2956), que es una de las decisiones en que de manera más clara el Tribunal censura la actuación del Abogado¹⁵¹.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que todo Letrado tiene derecho a elegir, de entre las posturas legalmente posibles, la que considere más adecuada para el caso según su *lex artis*. Por ello, los pleitos sobre reclamación contra los profesionales del derecho, se basan, casi exclusivamente, en descuidos tan lamentables como dejar por abandono que una acción prescriba o caduque, se pierda la oportunidad de recurrir por dejar pasar el plazo o actuaciones de hecho prácticamente similares. Como se apunta en la STS (1ª) 1.12.2009, si el letrado no dispusiese de libertad de criterio para decidir en cuestiones jurídicas, tendríamos que llegar a la conclusión de que la mitad de los letrados de las partes demandante o demandada incurrirían en responsabilidad porque uno de ellos, generalmente, ha de perder el pleito. En todo caso, para apreciar la responsabilidad civil del Abogado (o, en su caso, Procurador), la jurisprudencia viene exigiendo que el resultado dañoso se concrete, al menos, en una pérdida de oportunidades de buen éxito de la acción suficientemente justificada, la cual no concurre cuando existe la posibilidad de enmendar el daño mediante recursos o acciones posteriores¹⁵².

Pero la cuestión en estos casos estriba en delimitar cuál es el daño indemnizable. Existe una línea jurisprudencial, posteriormente abandonada, que niega que pueda efectuarse un juicio de probabilidad sobre el buen éxito de un proceso. En este sentido cabe destacar la STS (1ª) 11.11.1997 (RJ 1997\7871), conforme a la cual: «resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del Procurador demandado) recursos de apelación». Partiendo de esta premisa, lo que se hace en estos casos es considerar indemnizable el «perjuicio o daño moral»¹⁵³.

Desde otra perspectiva, en el caso resuelto por la STS (1ª) 28.1.1998

151 En el mismo sentido la STS (1ª) de 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3251).

152 Cfr. STS (1ª) 26 enero 1999 (RJ 1999\323); STS (1ª) 8 febrero 2000 (RJ 2000\842); STS (1ª) 8 abril 2003 (RJ 2003\2956); STS (1ª) 1 diciembre 2009 (RJ 2009\1111).

153 Cfr. STS (1ª) 20 mayo 1996 (RJ 1996\3793); STS (1ª) 11 noviembre 1997 (RJ 1997\7871); STS (1ª) 14 mayo 1999 (RJ 1999\3106); STS (1ª) 8 abril 2003 (RJ 2003\2956).

(RJ 1998\357), referido a una Abogado que había dejado transcurrir el plazo de un año en la reclamación al Fondo de Garantía Salarial de las indemnizaciones debidas a sus clientes, lo que se llega a afirmar es que el incumplimiento contractual había impedido a los perjudicados la obtención de un derecho que les correspondía. De esta manera, se concluye: «nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida, pero el profesional, con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de conseguirla, con lo que, además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, al quedarle coartada por la prescripción o caducidad. Como indemnización del daño es correcta la condena a aquella prestación que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener».

Son igualmente abundantes los pronunciamientos que acuden a la doctrina de la pérdida de la oportunidad o pérdida de la chance¹⁵⁴. En este sentido, en la STS (1ª) 26.1.1999 (RJ 1999\323), se afirma: «la simple pérdida de la oportunidad procesal que todo recurso como extraordinario confiere, objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación, daño imputable a quien con su conducta negligente omitió la realización del encargo aceptado». En esta línea, como se destaca en la STS (1ª) 23.7.2008 (RJ 2008\7063): «Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, *el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico (...)*. Este principio, cuando se relaciona con los criterios de imputación rigurosos aplicables a la responsabilidad nacida del incumplimiento de los deberes profesionales, implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades...). *El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado.*

154 Cfr. ampliamente, CRESPO MORA, *La responsabilidad...*, cit., pp. 364 y ss.; MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, *passim*.

La responsabilidad por pérdida de oportunidades, cuando los criterios de imputación autorizan a estimarla, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas».

Lo que no cabe asumir es que se mezclen en el mismo razonamiento la necesidad de indemnizar la producción de un daño moral y, a la vez, la de la pérdida de la oportunidad¹⁵⁵. Como destaca VICENTE DOMINGO, la doctrina de la pérdida de la oportunidad «tiene que contemplarse de forma restrictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable para el perjudicado»¹⁵⁶. En esta misma línea, para DíEZ-PICAZO, resulta chocante «que se abra una alternativa entre indemnización por pérdida de oportunidades o por daño moral como si se tratara de conceptos homogéneos y, por consiguiente, intercambiables, cuando todo apunta a que se hallan especialmente alejados entre sí»¹⁵⁷. Por ello, coincido plenamente con PARRA LUCAN y REGLERO CAMPOS, cuando afirman que la pérdida de oportunidad debe tener un contenido fundamentalmente patrimonial, porque en caso contrario habría que indemnizar por pretensiones con escasa o nulas probabilidades de éxito o manifiestamente infundadas. Así, el daño de la pérdida de la oportunidad procesal debe calcularse aplicando el porcentaje de aquella probabilidad al valor de la pretensión¹⁵⁸.

Entre las primeras sentencias que niegan de manera clara que la frustración de acciones judiciales constituya siempre un daño moral está la STS (1ª) 27.7.2006 (RJ 2006\6548), cuyos razonamientos merece la pena destacar:

«Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial (aun cuando, insistimos, en un contexto descriptivo, ligado a la llamada a veces concepción objetiva, el daño padecido pueda calificarse como moral, en cuanto está relacionado con la privación de un derecho fundamental), el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones –y, desde luego, en el

155 Vid., entre otras muchas, STS (1ª) 28 junio 2003 (RJ 2003\5989).

156 Cfr. VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I. Parte General, 4ªed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 319.

157 Cfr. DíEZ-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 33. En el mismo sentido, OSSORIO SERRANO, *Lecciones...*, cit., pp. 65 y ss.

158 Cfr. PARRA LUCAN – REGLERO CAMPOS, «La responsabilidad civil...», cit., pp. 864 y ss.

caso enjuiciado— tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza.

No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales...); pues, aunque ambos procedimientos resultan indispensables, dentro de las posibilidades humanas, para atender al principio *restitutio in integrum* (reparación integral) que constituye el quicio del Derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo.

Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, *la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad.* El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral pueden existir en esta privación, al menos en circunstancias normales»¹⁵⁹.

159 En el mismo sentido la STS (1ª) 28 febrero 2008 (RJ 2008\4035); STS (1ª) 23 octubre 2008 (RJ 2008\5792).

No puede argumentarse en contra sobre la base de la supuesta imposibilidad de que un Juez pueda apreciar las probabilidades de éxito de una pretensión formulada en un proceso. Como destaca XIOL RÍOS, esta tesis «resulta contraria a la regla que obliga al Juez a pronunciarse en torno a la concurrencia del nexo causal mediante un examen retrospectivo de las probabilidades de que el hecho ilícito generara el menoscabo. No necesita gran argumentación demostrar que nadie mejor que un juzgador para emitir un juicio razonado sobre las probabilidades de buen éxito de un procedimiento jurisdiccional»¹⁶⁰.

III. INCUMPLIMIENTO DE DEUDA SOLIDARIA Y DAÑOS DE LOS QUE PUEDEN RESPONDER VARIOS SUJETOS SOLIDARIAMENTE

1. RESPONSABILIDAD ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE UNA DEUDA SOLIDARIA.

En el caso de obligaciones solidarias, el acreedor goza del *ius electionis*: puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios por la totalidad, o contra todos ellos simultáneamente. Igualmente dispone del *ius variandi*, lo que le permite dirigirse frente a otros deudores solidarios, aunque previamente haya intentado el cobro frente a alguno de ellos. Así se recoge en el art. 1144 CC: «*El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo*». En caso de incumplimiento contractual, o en lo casos

160 Cfr. XIOL RÍOS, J.A., «Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños», en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.), *Derecho de Daños*, Sepin, Madrid, 2011, p. 95.

No obstante, destaca este autor, que la privación del ejercicio de la acción penal puede implicar un daño moral al perjudicado interesado en el castigo del hecho punible. Esta diferencia entre daño patrimonial incierto o probable, y el daño moral derivado de la frustración de acciones judiciales, se pone de relieve en la STS (1ª) 23 octubre 2008 (RJ 2008/5792): «La sentencia de apelación considera indemnizable el daño moral ligado a la privación del ejercicio de la acción penal porque la privación de esta, que es independiente del ejercicio de la acción civil, constituye un menoscabo de la autonomía y de la dignidad de la persona, en cuanto le impide, en contra de su voluntad, hacer uso del derecho reconocido por el ordenamiento al perjudicado, como especialmente interesado en el castigo del hecho punible, de actuar en el proceso penal para solicitar que se haga justicia ejerciendo la acusación contra aquellos que estima responsables de un delito que le ha causado perjuicios. La consideración de esta vertiente de la acción penal es suficiente para valorar adecuadamente el daño moral derivado de la privación de su ejercicio (...)».

de la denominada solidaridad impropia, este mismo esquema se proyecta sobre la responsabilidad de los deudores solidarios. El perjudicado puede demandar a cualquiera de los responsables del daño, y no cabe oponerle la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Puede igualmente demandar sólo a algunos o a todos ellos. Y si, demandado uno, no obtiene la correspondiente satisfacción, se puede dirigir por el mismo concepto a cualquiera de los restantes¹⁶¹.

La posibilidad que asiste al acreedor de realizar, en la misma demanda, su reclamación frente a varios deudores solidarios es un supuesto de acumulación de acciones, previsto en los arts. 71 y ss. LEC, y produce el efecto de discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia. A la acumulación subjetiva de acciones se refiere el art. 72 LEC, conforme al cual pueden acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entiende que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos. La acumulación subjetiva de acciones se puede realizar en el momento de presentar la demanda o posteriormente, mediante una ampliación de la demanda, pero siempre antes de la contestación a la misma. A esta situación se refiere el art. 401 LEC, conforme al cual *«no se permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda»* El mismo precepto especifica que *«antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados. En tal caso, el plazo para contestar a la demanda se volverá a contar desde el traslado de la ampliación de la demanda»*¹⁶².

Cabe plantear, no obstante, si es posible una acumulación posterior de procesos. Como ya he puesto de relieve, a diferencia de la acumulación de acciones, la acumulación de procesos exige que estén tramitándose varios procedimientos, dos como mínimo, para que prosigan como uno solo y se resuelvan por una única sentencia, de modo que se eviten las contradic-

161 Cfr. ATAZ LÓPEZ, J., «La solidaridad pasiva nacida de la responsabilidad civil. ¿A quién hay que demandar?», en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.), *Derecho de Daños*, Sepin, Madrid, 2011, p. 263. Y en la jurisprudencia, entre otras, la STS (1ª) 2 de junio de 1986 (RJ 1986\3284).

162 Cfr. FONS RODRÍGUEZ, C., «La acumulación de acciones», en ALONSO-CUEVILLA SAYROL, J. (Coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, I, Economist&Jurist, Barcelona, 2000, pp. 455 y ss.

ciones que podrían darse si se resolvieran separadamente, posibilidad que abonan igualmente razones de economía procesal. Como se destaca en el art. 74 LEC, «*en virtud de la acumulación de procesos, se seguirán éstos en un solo procedimiento y serán terminados por una sola sentencia*». La legitimación para instarla corresponde a quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende (art. 75 LEC).

El art. 76 LEC fija con carácter de *numerus clausus* los presupuestos que hacen procedente esta acumulación de procesos: a) Cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro (que en materia de solidaridad no se produce: art. 43 LEC). b) Cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pide exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes. Esta posibilidad sí puede aparecer en la situación de deuda solidaria. Pero en el art. 78 LEC el legislador contempla determinados casos en que, aunque en principio sería posible la acumulación, no se admite por poder lograrse los mismos fines por otros medios. El supuesto contemplado en el art. 78.1 LEC se refiere a que el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia. No es el caso de las obligaciones solidarias en que, como luego veremos, el *ius variandi* del acreedor es inmune a la excepción de litispendencia. Pero el art. 78.2 LEC se refiere a otros supuestos en que no se admite la acumulación (a instancia de parte, aunque sí de oficio) si no se justificara que con la demanda o con la reconvencción no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos cuya acumulación se pretende. Y además, según el art. 78.3 LEC, tampoco procederá la acumulación en aquellos casos en que los procesos cuya acumulación se pretenda fueren promovidos por el mismo demandante (o por demandado reconviniente, solo o en litisconsorcio) si, salvo justificación cumplida, se entendiera que pudo promoverse un único proceso. Esta circunstancia sí puede imposibilitar en nuestro caso la acumulación de procesos, por lo que el acreedor debe ponderar desde el principio si le conviene optar o no por una acumulación subjetiva de acciones. Como destaca ESCOLÀ I BESORA, en estos casos se consagra una presunción *iuris tantum* desfavorable a quien solicita la acumulación, quien deberá probar que no pudo ejercitar antes la acción que se deduce en el proceso que pide acumu-

lar¹⁶³. Acaso pudiera encontrar acomodo la posibilidad de acumulación de procesos en los casos de solidaridad no uniforme del art. 1140 CC, cuando en el momento de plantear la demanda inicial la acción sea exigible frente a unos y no frente a otros.

2. EL *IUS VARIANDI* Y LA INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.

Con relación a la reclamación judicial de la deuda solidaria, destaca la STS (1^a) 28.9.1977 (RJ 1977\3521) que «el acreedor puede dirigirse a su elección contra cualquiera de los deudores y exigirle íntegramente la prestación, y el deudor elegido, estando personalmente obligado por el todo, ni puede invocar el “beneficium divisionis”, ni pretender pagar su cuota solamente, ni exigir que sean demandados los codeudores (...), habida cuenta que en el examinado evento de solidaridad no se da el aspecto de inescindibilidad que es consustancial para la apreciación del estado jurídico-procesal de litisconsorcio». Aunque esta sentencia se refiere al texto de la derogada ley rituarial, tampoco ofrece dudas que con la vigente LEC tampoco existe ahora litisconsorcio pasivo necesario. Según el art. 12.2 LEC, «*Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa*». Y precisamente el art. 1144 CC es uno de los supuestos en que la ley permite demandar a uno sólo de los deudores reclamándole la totalidad de la deuda, que es precisamente la esencia de la solidaridad. No obstante el acreedor puede optar voluntariamente por demandar conjuntamente a varios deudores o a todos los deudores solidarios, cosa que permite el art. 12.1 LEC: «*Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir*». El ejemplo típico de este *litisconsorcio voluntario* es precisamente el de los varios obligados solidariamente. Los diversos deudores (litisconsortes) comparten un mismo interés sobre el objeto del proceso (que puede sustanciarse sin que se examine conjuntamente en un mismo

163 Cfr. ESCOLÀ I BESORA, M.A., «La acumulación de procesos», en ALONSO-CUEVILLA SAYROL, J. (Coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, I, Economist&Jurist, Barcelona, 2000, p. 475.

proceso), pero, sin son demandados conjuntamente, existe una pretensión común que debe ventilarse dentro de un único procedimiento, que tiene que terminar con una misma resolución¹⁶⁴.

Pero ni la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, ni la demanda conjunta a varios deudores solidarios, imponen la obligación de litigar juntos, como exigía el art. 531 LEC/1881¹⁶⁵. En la actualidad, los diversos litisconsortes (voluntarios o necesarios) pueden litigar con distinto Abogado y Procurador, utilizando planteamientos defensivos iguales o distintos, aunque para disponer del objeto del proceso (transacción, desistimiento, allanamiento, etc.) deben actuar conjuntamente. Lo anterior no viene establecido expresamente por ningún precepto de la LEC, pero la derogación del 531 LEC/1981 es clara. Y además, dicha posibilidad viene reconocida expresamente dentro del juicio cambiario por el art. 820 LEC, conforme al cual «si el tenedor del título demandare a varios deudores cuya obligación surge del mismo título, será competente el domicilio de cualquiera de ellos, quienes podrán comparecer en juicio mediante una representación independiente»¹⁶⁶. Esta modificación tiene una enorme trascendencia respecto a las costas, y en concreto respecto a la cuantificación legal máxima de éstas. Según el art. 394.3 LEC, cuando se impusieren las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso. Pero el cálculo se realiza «por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento» (el cálculo no se establece en función del número de demandados, sino por bloques de postulación).

La cuestión relativa a la existencia o no de litisconsorcio pasivo necesario (moviéndonos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual) provoca con anterioridad al planteamiento de la demanda el problema de

164 Cfr. TORIBIOS – VELLOSO, *Manual Práctico...*, cit., p. 76; y ampliamente, GRANDE SEARA, P., *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 373 y ss.; Muñoz Jiménez, F.J., «Litisconsorcio pasivo necesario», en SALAS CARCELLER, A. (Dir.), *Excepciones procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 257 y ss.

165 Según dicho precepto, «en el caso de ser varios los demandados, deberán litigar unidos y bajo una misma dirección, si fueren unas mismas las excepciones de que hicieren uso». Cuando las excepciones eran distintas podía hacerlo separadamente. Pero si de las contestaciones resultaba que habían hecho uso de unas mismas excepciones, «el Juez obligará a los que se hallen en este caso a que en lo sucesivo litiguen unidos y bajo una misma dirección».

166 La excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario se puede oponer en la audiencia previa del juicio ordinario (arts. 416.1.3ª y 420 LEC), o en la vista del juicio verbal (art. 443 LEC).

delimitar a quién demandar cuando existan varios sujetos implicados directa o indirectamente. Demandar a todos los sujetos que tengan relación con el problema conlleva el riesgo de la posible alegación de falta de legitimación pasiva de alguno de los demandados, pero permite dotar a la sentencia de una mayor efectividad, y faculta la ejecución respecto a cualquiera de los deudores solidarios que fueron parte en el proceso (art. 542 LEC). Demandar sólo a algunos implica el riesgo de que se utilice la excepción de litisconsorcio pasivo necesario¹⁶⁷, pero tiene un coste mucho menor. En los casos en que la ley claramente permite demandar a uno de los posibles responsables, creo que es mucho más sencillo dirigir la demanda frente al responsable directo (art. 1903 CC) que frente a todos los posibles responsables. Debe tenerse presente que ampliar la demanda innecesariamente provoca el eventual riesgo de tener que afrontar el pago de las costas de varios demandados, si finalmente son absueltos.

Finalmente, debe tenerse presente que el funcionamiento de la solidaridad pasiva previsto en el CC admite regulaciones diferentes, hasta el punto de que, admitido el *ius electionis*, se puede negar el *ius variandi*, sin que por ello deje de existir solidaridad. Este es el caso de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de contrato de transporte terrestre de mercancías. Las peculiaridades aparecen en el caso de contrato con porteadores sucesivos. Cuando diversos porteadores se obligan simultáneamente, en virtud de un único contrato documentado en una sola carta de porte, a ejecutar sucesivos trayectos parciales de un mismo transporte, todos ellos responden de la ejecución íntegra de éste, de acuerdo con las disposiciones de la carta de porte (art. 64.1). A efectos del ejercicio de reclamaciones, según el art. 65: «las acciones derivadas del contrato únicamente podrán dirigirse contra el primer porteador, contra el último o contra el que haya ejecutado la parte del transporte en cuyo curso se ha producido el hecho en que se fundamen-

167 La excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario se puede oponer en la audiencia previa del juicio ordinario (arts. 416.1.3ª y 420 LEC), o en la vista del juicio verbal (art. 443 LEC).

La subsanación de la falta se prevé expresamente en el art. 420 LEC dentro de la audiencia del juicio ordinario y, aunque no aparece dentro de la regulación del juicio verbal, la genérica autorización del art. 443.3 LEC para que el Tribunal «resuelva lo que proceda» y la influencia que sobre el proceso proyectan los principios que lo inspiran (en particular los derivados del art. 24 CE), obligan a entender que la falta no solamente puede subsanarse, sino que debe serlo, también en ese trámite inicial de la vista del juicio verbal. El efecto obstativo de la falta litisconsorcial para que el órgano jurisdiccional entre a conocer el fondo del asunto, encuentra acogida explícita en la regulación del juicio ordinario, cuyo art. 420.4 LEC ordena la conclusión del proceso y su archivo si el actor no ha procedido a la subsanación en debida forma dentro de los plazos que se le hubiera concedido para ello.

ta la acción». Hasta aquí, ninguna novedad respecto al régimen general de la solidaridad previsto en el CC: se consagra claramente el *ius electionis*. Sin embargo, a renglón seguido se añade: «Este derecho de opción se extinguirá desde el momento en que el demandante ejercite su acción contra uno de ellos». Como se puede ver, una vez dirigida la acción frente a uno de los responsables solidarios, ya no se reconoce el *ius variandi* como hace segundo inciso del art. 1144 CC: «Las reclamaciones entabladas frente a uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo». La desaparición del *ius variandi* es definitiva, hasta el punto de que, elegido uno de los porteadores, si la demanda resulta infructuosa, el cargador o destinatario se queda sin cobrar¹⁶⁸. Lo que no le está vedado es dirigir inicialmente la demanda frente a todos los responsables, posibilidad que reconoce expresamente el art. 65 *in fine*: «La acción puede interponerse contra varios porteadores a la vez»¹⁶⁹.

3. INTERVENCIÓN VOLUNTARIA E INTERVENCIÓN PROVOCADA DE OTROS DEUDORES SOLIDARIOS.

No obstante lo anterior, aunque el actor opte por demandar sólo a alguno de los posibles deudores, cabe también la intervención voluntaria o provocada de otros deudores en el proceso. A estos efectos, y con carácter general, el art. 13.1 LEC dispone: «Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito». Aparece

168 Cfr. ZURIMENDI ISLA, A., «Comentario al art. 65», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. – MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.) y EMPARANZA SOBEJANO, A. – PETIT LAVALL, M.V. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 780.

169 Como destaca ZURIMENDI, «Comentario al art. 65», cit., p. 780-781, con la desaparición del *ius variandi* se favorece la celeridad, pero se hace cargar al acreedor del transporte con la insolvencia del porteador sucesivo elegido como demandado. Esta parte del precepto de la ley española está tomada del Convenio Internacional relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril, y se justifica porque la solvencia de los transportistas ferroviarios parece estar garantizada al partirse de una situación de monopolio. Esto no sucede, en cambio, en el transporte por carretera (ni ocurrirá en el futuro en el transporte ferroviario cuando se acabe liberalizando el mercado). Así, la solución del citado Convenio parece la más adecuada en un contexto de solvencia garantizada, porque no existe dicho riesgo y se consigue con ello mayor celeridad. Como en otros contextos sí puede darse tal peligro de insolvencia, el Convenio de 19 de mayo de 1956, de Contrato de Transporte Internacional de mercancías por Carretera, opta por una solución diferente. En este sentido debe ser entendido el último inciso del art. 65 de la Ley española, conforme al cual: «la acción puede interponerse contra varios porteadores a la vez». Es decir, existe un derecho de opción y, aunque se niega el *ius variandi*, se permite demandar inicialmente a varios porteadores. De esta manera, el riesgo de insolvencia de uno de ellos lo soportará el resto de porteadores sucesivos codemandados si es que se produce la condena.

aquí regulada la denominada *intervención voluntaria* en el proceso, que abre la puerta del mismo al tercero en quien concurra ese interés. Es indudable que el deudor solidario, que tiene un interés evidente en el resultado de ese pleito en el que no ha sido demandado, puede acceder a él invocando la facultad que le reconoce el art. 13.2 LEC, provocando un litisconsorcio voluntario. El art. 13.3 LEC regula los efectos que produce la admisión de esta intervención, que se caracteriza por la autonomía respecto de su litisconsorte, pues su condición de parte procesal se mantiene aunque éste «renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa». El interviniente puede, asimismo «utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte».

Pero cabe igualmente provocar la intervención en el proceso por parte de quienes son parte demandada en el mismo, como se previó en su momento en la Disp. Adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación¹⁷⁰. Esta «llamada en garantía» tiene su tratamiento en el art. 14 LEC con el nombre de *intervención provocada*. A diferencia de la intervención voluntaria, en estos casos es una parte que está en el proceso (nunca el juez¹⁷¹) la que reclama la intervención de alguien que no está en él. Esta

170 Según esta disposición adicional: «Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la LEC concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso. La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos».

No obstante, el enfoque de intervención provocada a instancia del demandado adoptado por la LOE no puede considerarse extensible a otros supuestos de solidaridad, sea contractual, o porque han participado varios en la causación de un daño, o porque responden de hechos ajenos (art. 1903 CC). Cfr. GARNICA MARTÍN, «Comentario al art. 14 LEC», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel – RIFA SOLER, José María – VALLAS GOMBAU, José Francisco (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Iurgium, Barcelona, 2000, p. 215.

171 No obstante, en el art. 150.2 LEC se regula la posibilidad de que el Tribunal notifique la pendencia del proceso a otras personas, que no son parte en el proceso, pero que, según los mismo autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dicte. No hay aquí una llamada en causa, sino una mera puesta en conocimiento de la pendencia al tercero por parte del tribunal (aunque dicho tercero puede solicitar su intervención en el proceso si lo considera conveniente para sus intereses). Cfr. GUTIÉRREZ DE CAVIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, P., «Comentario al art. 14 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 280 y ss.

No obstante, como destaca CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 150 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 638-642, p. 640, no puede entenderse que, tratándose de varios

intervención la puede provocar el demandante, pero necesita contar con un apoyo normativo expreso para poder llamar a un tercero a intervenir en el juicio. Cuando la Ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se debe hacer con arreglo a las reglas del art. 14.2 LEC, de manera que, si se estima la petición, debe emplazarse al tercero con los mismos requisitos señalados para el demandado, haciendo nuevo señalamiento para la vista en el caso del juicio verbal¹⁷². En cualquier caso, desde la perspectiva del demandado que provoca la intervención de un tercero, el art. 14.5 LEC regula una peculiaridad en cuanto a las costas: «*Caso de que en la sentencia resultase absuelto el tercero, las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales del artículo 394 LEC*».

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en los casos de solidaridad de origen contractual son dos principalmente los problemas a resolver: 1) Si cabe demandar individualmente a varios deudores solidarios, sin acumular los procesos, y qué consecuencias puede tener que las sentencias tengan pronunciamientos diferentes. 2) Si cabe la ejecución de una sentencia frente a deudores solidarios que no hubieran sido parte en el proceso.

4. LAS DEMANDAS INDIVIDUALES FRENTE VARIOS DEUDORES SOLIDARIOS Y LA POSIBILIDAD DE SENTENCIAS CONTRADICTORIAS: LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA.

En función del *ius variandi* no existen obstáculos para que el acreedor demande a varios deudores solidarios de manera independiente, salvo que ley lo excluya expresamente.

Como ya se ha destacado, en sentido amplio, el concepto de litispendencia se refiere a una situación jurídica que nace con el proceso y termina con él. A la litispendencia se le atribuye un efecto excluyente de ulteriores procesos sobre idéntica cuestión. Este concepto de litispendencia en sentido estricto se utiliza para aludir a la situación que se produce cuando existen

obligados solidariamente, el Juez tenga obligación de realizar esta notificación en todo caso, pues ni existe litisconsorcio pasivo necesario, ni se extiende frente a los demás la eficacia de cosa juzgada. Vid., además, ROSENDE VILLAR, C., «Comentario al art. 150 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2ª ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 874 y ss.

172 El art. 14.2.4ª prevé incluso la salida del demandado del proceso ocupando su lugar el tercero, lo que da lugar a un supuesto del sucesión procesal, que regula el art. 18 LEC

varios procesos pendientes sobre una misma cuestión litigiosa. Como destaca VEGAS TORRES, el principio general que se aplica a estas situaciones es el de que un proceso no debe desarrollarse y, en cualquier caso, no debe terminar con un pronunciamiento de fondo, si existe otro proceso pendiente sobre el mismo objeto. Se habla así de la eficacia excluyente de la litispendencia, que se proyectaría sobre cualquier proceso posterior con idéntico objeto, dando lugar, de ser posible, a su inmediata finalización y, en cualquier caso, a que concluya sin una decisión sobre el fondo del asunto¹⁷³.

En la jurisprudencia es habitual relacionar esta eficacia excluyente de la litispendencia con la función negativa de la cosa juzgada material, como si siempre que en un momento dado exista litispendencia fuera a existir en el futuro cosa juzgada. Cabe citar en este sentido la STS (1ª) 6.5.2004 (RJ 2004\2696) en la que se afirma: «si bien es cierto que, conforme a la doctrina jurisprudencial, la excepción de litispendencia tiene por objeto prevenir la eventualidad de que se dicten sentencias contrarias o que puedan oponerse una a la otra, como alegación de cosa juzgada, y que para estimarla es necesario que se reúnan los requisitos señalados en el art. 1252 CC (*hoy derogado por la LEC*) con la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas y la calidad en que lo fueron, debe notarse que si las acciones que se ejercitan en uno u en otro litigio son diferentes y compatibles entre sí, no se produce la excepcionalidad». Sin embargo, no siempre que existe litispendencia tiene que haber necesariamente en el futuro cosa juzgada material: si el proceso iniciado termina sin pronunciamiento de fondo no habrá cosa juzgada.

En realidad, la cosa juzgada material surte sus efectos cuando hay un proceso pendiente sobre cuyo objeto se ha producido ya con anterioridad un pronunciamiento jurisdiccional firme. Aunque todas las resoluciones dictadas en un proceso adquieren, una vez firmes, fuerza de cosa juzgada formal, la cosa juzgada material no se predica de todas ellas, sino sólo de la sentencia que resuelve sobre el fondo del asunto. En esta situación, la pendencia del ulterior proceso entraña un riesgo cierto de que pueda producirse un doble pronunciamiento jurisdiccional sobre el mismo asunto y puede afirmarse con seguridad que el segundo proceso es inútil¹⁷⁴.

173 Cfr. VEGAS TORRES, J., «La eficacia excluyente de la litispendencia», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 0, 2002, p. 170.

174 Cfr. VEGAS TORRES, J., «La eficacia excluyente...», cit., p. 171.

Cuando hay dos procesos pendientes sobre un mismo objeto, los problemas que se plantean son diferentes. La incoación de un segundo proceso no supone en sí misma una amenaza a la prohibición del principio *non bis in idem* porque, como he destacado, el primer proceso puede terminar sin un pronunciamiento sobre el fondo, por lo que no puede decirse que el segundo proceso tenga que ser necesariamente inútil. La efectividad del *non bis in idem* está suficientemente asegurada mediante la eficacia negativa de la cosa juzgada material: si están pendientes simultáneamente dos procesos con idéntico objeto, bastará con esperar a que uno de ellos termine con sentencia firme sobre el fondo para que pueda hacerse valer en el otro la cosa juzgada y evitar así el doble pronunciamiento jurisdiccional. La eficacia excluyente de la litispendencia se funda en razones de economía procesal: disuadir de la presentación de demandas sobre cuyo objeto hay un proceso abierto.

Lo que sí cierto es que no se produce litispendencia cuando no existe identidad entre los diversos procesos entablados por el actor¹⁷⁵. En este sentido se pronuncia igualmente la STS (1ª) 6.5.2004 (RJ 2004/2696) en un supuesto de ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual en un proceso y de responsabilidad decenal en otro. Según esta sentencia: «en atención a que, según resulta de lo manifestado en la sentencia impugnada, las partes de los dos pleitos son distintas, con la destacable particularidad de que la actora del presente es demandada en el alegado como causa de litispendencia; y que no puede discutirse que se ejercitan dos acciones distintas: en el presente caso la derivada de responsabilidad decenal del art. 1591 CC y en el otro pleito la responsabilidad extracontractual por culpa del art. 1902 del mismo Código, procede la desestimación del motivo».

A efectos de la solidaridad es indiferente que ésta sea o no de origen contractual: no existe litispendencia, que requiere que entre los dos procesos se den las necesarias identidades subjetivas, objetivas y de causa¹⁷⁶. Por eso el hecho de haberse iniciado un proceso contra uno o alguno de los varios deudores o responsables solidarios no es obstáculo para la posterior ini-

175 Cfr. PÉREZ ESCOLAR, M., *Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 62 y ss.

176 Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Litispendencia», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1969, pp. 679 y ss.

ciación de otro proceso frente a otro u otros. Como destaca Díez-PICAZO, el problema surge para determinar si esos procesos posteriores, que posibilita el *ius variandi* del acreedor, sólo son posibles una vez fenecidos los anteriores y si, en el caso de que se inicien antes de la extinción de aquéllos, el demandado puede oponer la excepción de litispendencia. Teniendo en cuenta la estrecha relación entre litispendencia y cosa juzgada se puede entender que si para ésta no hay identidad de sujetos, tampoco tiene que existir en la litispendencia¹⁷⁷. Además, como destaca PÉREZ ESCOLAR, teniendo en cuenta que las excepciones oponibles pueden no ser las mismas, tampoco habrá identidad objetiva¹⁷⁸. Así pues, el acreedor está facultado para reclamar el pago de la totalidad de la deuda frente a cualquiera de los obligados sucesivamente, sin tener que esperar a la resolución de los pleitos pendientes.

A no existir litispendencia lo que sí podría hacer el acreedor es acumular los procesos, pues, según el art. 78.1 LEC, «no procederá la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia». Sin embargo, hasta esta posibilidad le está vetada en el núm. 3 del art. 78 LEC, conforme al cual, si los procesos cuya acumulación se pretenda fueren promovidos por el mismo demandante, «se entenderá, salvo justificación cumplida, que pudo promoverse un único proceso en los términos del apartado anterior y no procederá la acumulación». Con ello se pretende fomentar la acumulación inicial¹⁷⁹, aunque desde luego el legislador no parece estar pensando en los casos de solidaridad. Lo que sí cabe plantear es hasta qué punto el acreedor que demanda individualmente y de manera simultánea a cada uno de los deudores, sin acumular inicialmente todas las acciones desde el punto de vista subjetivo (art. 72 LEC), está actuando de una manera contraria a la buena fe o si puede existir en este caso abuso de derecho. Este planteamiento se ha suscitado por algunos autores¹⁸⁰. Me parece claro que

177 Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., p. 262. Según afirma el citado autor, la falta de aplicación de la excepción de litispendencia no obedece aquí a razones de orden procesal, «sino a la forma en que el instituto se encuentra regulado y organizado por el Derecho material o sustantivo. Claramente la litispendencia sería un límite de la facultad de variación, que el Código (civil) no reconoce».

178 Cfr. PÉREZ ESCOLAR, *Responsabilidad solidaria...*, 63.

179 Cfr. ESCOLÀ I BESORA, «La acumulación de procesos», cit., p. 475.

180 PUIG FERRIOL, L., «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Libro Homenaje a R.M^a Roca Sastre*, II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, p. 457; CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores*, Edersa, Madrid, 1980, pp. 6 y ss., y «Comentario al art. 1144 CC», en VV.AA.,

en caso de reclamaciones sucesivas no cabe plantear un posible abuso de derecho, aunque ya me suscita más dudas el supuesto de reclamación inicial y simultánea frente a todos a través de procesos diferentes, sobre todo si lo que se pretende es que aumenten los gastos judiciales o las eventuales condenas en costas¹⁸¹.

En cuanto a los efectos de cosa juzgada material¹⁸², la LEC ha derogado el art. 1252 CC, y regula ahora dichos efectos en el art. 222 LEC. El art. 221.1 LEC se refiere a la cosa juzgada en sentido negativo o excluyente al disponer que «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo». Como vimos, con ello se pretende impedir que se vuelva a plantear un nuevo proceso con el mismo objeto que el anterior, y de esta manera se niega o excluye

Comentario del Código civil, II, Ministerio de Justicia, 2ª ed, Madrid, 1993, p. 138; FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., «Vicisitudes de las obligaciones en los casos de pluralidad de deudores», en FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. (Dir.), *Extinción de las obligaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial – CGPJ, Madrid, 1996, pp.597 y ss.; RUBIO GARRIDO, T., *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza. En el Código civil y en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Comares, Granada, 2002, p. 123, nota 300.

En contra, BARBANCHO TOBILLAS, F.J., *La reclamación judicial de la deuda solidaria*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 138 y ss.; y LASARTE ÁVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 38, quien considera que el abuso de derecho sólo es aplicable en defecto de norma, y que el art. 1144 CC contempla expresamente la posibilidad de reclamación sucesiva.

181 Para DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 241, cabría plantear que el ejercicio del derecho de crédito se produce con extralimitación, y más allá de su verdadera función social, en los casos en que se pidiera el embargo preventivo de bienes, si ello es posible, como medida previa a la ejecución (entendiendo que se refiere al embargo preventivo como medida cautelar previa a la ejecución). Incluso considera si puede ser abusivo un aumento de los gastos judiciales, cuando el proceso lleve necesariamente consigo la condena en costas. Sin embargo, frente a ello, argumenta que cada uno de los deudores pudo enervar dicha posibilidad pagando la deuda. En el mismo sentido, PÉREZ ESCOLAR, *Responsabilidad...*, cit., p. 65.

182 Los efectos de la cosa juzgada formal en materia de obligaciones solidarias son irrelevantes. La cosa juzgada formal es diferente de la firmeza e inimpugnabilidad: es un efecto inherente y añadido que despliegan las resoluciones (judiciales o del Secretario) firmes, consistente en la vinculación de su contenido, tanto para las partes como para el Tribunal, en el desarrollo ulterior del proceso. Como destaca DE LA OLIVA *Objeto del proceso...*, cit., pp. 99 y ss., «la cosa juzgada formal es la vinculación jurídica que, sobre todo para el órgano jurisdiccional y también para las partes, produce lo dispuesto en cualquier resolución firme, dentro del mismo proceso o instancia en que se haya dictado dicha resolución». La cosa juzgada formal implica un doble efecto: uno negativo en cuanto que las partes no pueden pedir ni el Tribunal decidir en contra de lo ya resuelto; y otro positivo, dado que las peticiones de las partes y las resoluciones del Tribunal han de partir de lo ya decidido previamente. El efecto positivo se reconoce en los núm. 3 y 4 del art.207 LEC

A efectos de las obligaciones solidarias, como destacan ATAZ LÓPEZ, J., «Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)», en CAFFARENA LAPORTA, J. – ATAZ LÓPEZ, J. (Coord.), *Las obligaciones solidarias*, Jornadas de Derecho Civil en Murcia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 80 y PÉREZ ESCOLAR, *Responsabilidad solidaria...*, cit., pp. 95 y ss., la no impugnabilidad de las sentencias firmes que recaigan sobre el cumplimiento únicamente afecta a quienes fueron parte en el proceso cuya resolución se convierte en inatacable; pero no a los deudores solidarios que no participaron en dicho proceso, a los que se podrá dirigir el acreedor en función del art. 1144 CC.

un segundo proceso que, en el caso de que llegue a ser planteado, impide al Juez continuar con su tramitación para no contravenir el principio *non bis in idem*.

A la cosa juzgada en sentido positivo o prejudicial se refiere el art. 222.4 LEC cuando establece: «Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal». Como destaca TAPIA FERNÁNDEZ, la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada material supone la vinculación, en un proceso posterior, de lo decidido y resuelto en otro anterior. Es decir, el nuevo objeto procesal, parcialmente idéntico o conexo con el que se juzgó anteriormente, depende o se ve condicionado por el anterior resuelto, o lo que es lo mismo, el Juez habrá de atenerse al contenido de la sentencia anteriormente dictada, tomándola como punto de partida indiscutible¹⁸³. Como indica DE LA OLIVA «la cosa juzgada material es un determinado efecto de algunas resoluciones judiciales firmes (y por tanto, pasadas en autoridad de cosa juzgada formal) consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular, *en otros procesos*, a cualesquiera órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos) respecto de precisos aspectos del contenido de esas resoluciones (de ordinario, sentencias)»¹⁸⁴.

Para que una resolución produzca efectos de cosa juzgada material han de ser idénticos los sujetos, lo que se pide (*petitum*) y la *causa petendi*. En este sentido, en la STS (1^a) 13.10.2000 (RJ 2000\7727) se afirma: «para que prospere la excepción de la cosa juzgada material, según doctrina jurisprudencial constante, es preciso que se den los siguientes datos: a) La existencia de un litigio distinto a aquel en que se alega, y b) La identidad de ambos litigios, la cual se determinará en una triple vertiente de identidades, como son las de las partes, las cosas y las acciones». Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta que el art. 222 núm. 3 y 4 LEC ya no menciona los supuestos de solidaridad entre los que se considera que existe identi-

183 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Comentario al art. 222 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2^a ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011,, pp. 1097 y ss.

184 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso...*, cit., p. 103.

dad de personas, cabe afirmar que tampoco se producen efectos de cosa juzgada material¹⁸⁵.

Lo anterior provoca una serie de consecuencias: que el deudor reclamado en un ulterior proceso está obligado a oponer todas las excepciones de que disponga, con independencia de que se hayan tomado o no en consideración en el proceso anterior seguido frente a otro deudor solidario (salvo que se excepcione el pago, que no es un problema de cosa juzgada, sino de extinción de la obligación). Ello, como destaca ATAZ LÓPEZ¹⁸⁶, puede dar lugar a sentencias contradictorias, sin perjuicio de la posible aplicación por analogía del art. 1146 CC en la relación interna¹⁸⁷. Cuestión diferente es que el legislador hubiera previsto esta extensión de los efectos de la cosa juzgada entre los deudores solidarios¹⁸⁸, en cuyo caso tendríamos el límite previsto en el art. 400.2 LEC, conforme al cual «a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste».

En realidad, como destaca GRANDE SEARA, la ausencia de cosa juzgada no significa que para los no litigantes resulte totalmente indiferente la sentencia que decida sobre la pretensión de condena entablada por o frente a alguno o algunos de sus coobligados solidarios. Lo que ocurre es que, en virtud de la conexión e interdependencia existente entre los diversos vínculos jurídicos que integran la relación obligatoria solidaria, *lo decidido sobre uno de ellos se proyecta de modo reflejo sobre los demás*. No obstante, tal eficacia refleja no consiste en una extensión de los efectos de cosa juzgada material, sino en los efectos prejudiciales que despliega

185 Cfr. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva...*, cit, pp. 379 y ss.

186 Cfr. «Las obligaciones solidarias...», cit., p. 145.

187 Vid. ampliamente, Vid. además GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva...*, cit., pp. 387 y ss., y especialmente 396 y ss.

188 Algunos autores consideran que esto es lo que sucede en virtud de la remisión que el art. 222.3 LEC hace al art. 10 de la misma (aunque la remisión se hace al art. 11 LEC, hay unanimidad doctrinal en el sentido de que se debe a un error producido durante el debate parlamentario). Según el art. 222.3 LEC, «la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11». Pero el art. 10 LEC en modo alguno permite considerar incluidos aquí a los deudores solidarios. Aunque admite que puede existir esta identidad subjetiva entre los dos procesos, CORDÓN MORENO, F., «Comentario al art. 542 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, 2ª ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 173, considera que fallaría aquí la identidad objetiva.

aquella sentencia en cuanto *hecho jurídico*. Es decir, lo decidido en aquella sentencia pasa a formar parte del supuesto de hecho de la norma que se ha de aplicar para resolver el nuevo litigio y que extrae de aquella decisión ciertas consecuencias jurídicas para la relación deducida en el nuevo proceso, de modo que *el actor lo podrá invocar como hecho constitutivo o el demandado como hecho impeditivo, extintivo o excluyente, según los intereses de cada parte*¹⁸⁹.

Desde esta perspectiva, se hace necesario distinguir cómo se proyecta esa eficacia refleja en la relación externa y en la relación interna. Por lo que se refiere a la relación externa, si el acreedor obtiene sentencia condenatoria y no cobra y demanda a otro, no hay cosa juzgada material. Esta es la esencia del *ius variandi*. Pero sí que puede aparecer en ese segundo proceso *la eficacia refleja de la sentencia precedente*, porque, debido a la conexión objetiva existente entre ambos procesos, dicha sentencia, o más exactamente, su eficacia material *opera en el nuevo proceso como un hecho jurídico* (constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente), *que podrá ser invocado y probado* (aportando el testimonio de la sentencia) *por la parte a la que le interese hacerla valer*.

Así, si la sentencia anterior estimase íntegramente la pretensión de condena, sería el acreedor el interesado en hacerla valer en el nuevo proceso como hecho constitutivo de su pretensión, pues declara que existe la deuda y que no han existido las excepciones o defensas que el deudor opuso en aquel proceso. En cambio, si aquella sentencia estimase sólo parcialmente la pretensión, podría hacerla valer el acreedor como hecho constitutivo respecto de la parte de la pretensión que ya fue estimada anteriormente; pero también la podrían alegar el deudor. Si la sentencia fue absolutoria, tampoco puede proyectar sobre el nuevo proceso el efecto de cosa juzgada material, pues no concurren las identidades objetivas ni subjetivas que la ley exige para ello. Si la excepción estimada en el primer proceso se deriva de la *naturaleza de la obligación* (vgr., nulidad del contrato, pago o condonación total de la deuda), tal eficacia refleja de la sentencia puede permitir al nuevo demandado lograr una desestimación total de la demanda. Lo mismo sucederá cuando, en el anterior proceso, se hubiere estimado una *excepción personal correspondiente al deudor que ahora es demandado* (vgr., vicio del consentimiento al celebrarse el contrato). En

189 Cfr. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva...*, cit., pp. 380-381.

cambio, si la excepción personal que fue estimada correspondía a otro de los deudores solidarios, la eficacia refleja de la sentencia precedente puede permitir al nuevo demandado obtener una reducción de la cuantía que se le reclame equivalente a la parte de la deuda que corresponda al deudor que tenía aquella excepción¹⁹⁰.

En cuanto a la relación interna, y a las excepciones oponibles por los demás frente al *solvens* que ha pagado, desde luego todos los codeudores le podrán oponer las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación que el *solvens* no haya opuesto en el juicio. Si las opuso y fueron estimadas, y aun así pago, los demás le podrán oponer como hecho impeditivo la eficacia refleja de la sentencia que las estimó¹⁹¹. Pero si dichas excepciones fueron desestimadas, aquéllos no podrán utilizarlas en vía de regreso¹⁹². Por otro lado, cada codeudor reclamado podrá oponer las excepciones personales que tuviera frente al acreedor y que hubiera puesto en conocimiento del *solvens*, si éste no las opuso al acreedor. Pero si las opuso y hubieran sido estimadas obteniendo una reducción de la condena en la parte de la deuda correspondiente a ese deudor, le podrá oponer la eficacia refleja de la sentencia como hecho impeditivo. Si, opuestas, hubieran sido desestimadas, el codeudor reclamado no podrá oponerlas en vía de regreso y, de hacerlo, el *solvens* podría invocar la eficacia refleja de la sentencia condenatoria¹⁹³. Finalmente, las excepciones personales que el *solvens* tuviera frente al acreedor no le pueden ser opuestas por los demás, tanto si las ha hecho valer como si no, pues en nada reducen la parte de los demás.

Cabe afirmar igualmente que, frente a la acción de regreso del *solvens*, los demás codeudores también le podrían oponer su mala gestión procesal o incluso su conducta fraudulenta observada en el proceso¹⁹⁴. No obstante, si con arreglo al art. 150.2 LEC se les hubiera notificado a los demás la pendencia del proceso o, por otra vía, hubieran tenido la oportunidad de conocerlo e intervenir en dicho proceso, habría que considerara dichas alegaciones improcedentes pues se verían afectadas por la preclusión¹⁹⁵.

190 Cfr. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva...*, cit., pp. 387 y ss.

191 Cfr. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva...*, cit., p. 397

192 Cfr. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., p. 264.

193 Cfr. MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J., «Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva», *RGD*, núm. 562-563, 1991, p. 5775; GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva...*, cit., p. 398

194 Cfr. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva...*, cit., p. 398.

195 Cfr. MUÑOZ JIMÉNEZ, «Consideraciones...», cit., p. 5776.

5. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA FRENTE A LOS DEUDORES SOLIDARIOS.

Aunque el problema de la posibilidad de ejecución se suele contemplar desde la perspectiva de la cosa juzgada, no debe confundirse la cosa juzgada formal con la ejecutividad de una resolución. Mientras lo primero significa que la resolución debe ser respetada y que se ha de partir de su contenido, lo segundo sólo es predicable de las resoluciones que mandan algo susceptible de ser ejecutado. Así, todas las resoluciones dictadas en un proceso despliegan, una vez firmes, eficacia de cosa juzgada formal; pero sólo serán ejecutables aquellas de las que se desprenda un contenido positivo¹⁹⁶.

Por lo que se refiere a la ejecución frente a los deudores solidarios, la cuestión viene expresamente resuelta por el art. 542 LEC. En cuanto a los títulos ejecutivos judiciales, según el art. 542.1 LEC, «las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso».

Antes de la vigente LEC era habitual resolver el problema en función de la interpretación de los efectos de la cosa juzgada entre los deudores solidarios, habiéndose llegado a mantener la existencia de una comunicación del patrimonio de todos los obligados solidarios a efectos de la ejecución¹⁹⁷. No obstante, la mayoría de los autores consideraban que el art. 24 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva constituían un serio obstáculo a la posibilidad de ejecución sobre el patrimonio de un deudor frente al que no se había dictado la sentencia ejecutiva¹⁹⁸. El art. 542 LEC aclara definitivamente la cuestión: no cabe la ejecución frente a los deudores solidarios que no hayan sido parte en el proceso. Cuando la sentencia de condena se ha obtenido frente a varios deudores solidarios, el ejecutante conserva el *ius variandi* frente a estos a efectos de la ejecución. Según el art. 542.3 LEC: «Cuando en el título ejecutivo aparezcan varios deudores solidarios, podrá pedirse que se despache ejecución, por el importe total de la deuda, más intereses y costas, frente a uno o algunos de esos deudores o frente a todos ellos». El fundamento del art. 542 LEC se encuentra en el derecho a

196 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso...*, cit., pp.101 y ss; TORIBIOS-VELLOSO, *Manual práctico...*, cit., p. 165.

197 Cfr. BARBANCHO TOBILLAS, *La reclamación...*, cit., pp. 146 y ss.; y «El concepto “perjuicio” en la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios», *RCDI*, núm. 622, 1994, pp. 887 y ss.

198 Por todos, CAFFARENA, «Comentario al art. 1144 CC», cit., pp. 137 y ss.

la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, el derecho a un proceso con todas las garantías, entre las que se encuentra el derecho de defensa¹⁹⁹.

En el caso de títulos ejecutivos extrajudiciales el problema no se plantea pues, de acuerdo con el art. 542.2 LEC, «sólo podrá despacharse ejecución frente al deudor solidario que figure en ellos», siendo igualmente posible que figuren en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda y lleve aparejada ejecución conforme a lo dispuesto en la ley». En este caso no entra en juego el art. 24 CE, pues la ejecutabilidad del título no depende de los resultados de un proceso, sino que es una cuestión de legalidad ordinaria.

6. RESPONSABILIDAD CIVIL Y SOLIDARIDAD IMPROPIA.

Es tradicional en la doctrina mantener que para poder hablar de solidaridad en sentido propio es preciso que exista unidad de objeto, que la obligación de todos los deudores proceda de un mismo hecho, quizá porque el legislador en el art. 1137 CC está pensando en los casos de solidaridad que tiene su origen en un contrato²⁰⁰. No obstante, la regulación de la solidaridad del CC debe considerarse aplicable a cualquier tipo de solidaridad, no sólo a la de origen contractual²⁰¹. En sede de responsabilidad civil son numerosos los casos en que puede hablarse de solidaridad, aunque se la califique como impropia. El CC no contempla directamente el supuesto de pluralidad de responsables, ni prevé que en estos casos la obligación de responder sea solidaria, pero de ello no se puede deducir que lo que se pretende es establecer la regla de la mancomunidad, sino simplemente que no se llega a contemplar el supuesto de una pluralidad de personas obligadas a reparar el daño. Recientemente ATAZ LÓPEZ ha destacado un numeroso elenco de leyes que establecen la solidaridad entre los distintos responsa-

199 Cfr. PÉREZ ESCOLAR, *Responsabilidad solidaria...*, cit., pp. 138 y ss. Este es también el criterio que aparece en la jurisprudencia constitucional, que impide ejecutar una sentencia frente a quien no tuvo la oportunidad de ser oído en juicio: STC 180/1995, de 11 diciembre (*RTC 1995\180*); STC 82/2000, de 27 marzo (*RTC 2000\82*); STC 158/2008, de 24 noviembre (*RTC 2008\158*).

Igualmente la idea de que no puede despacharse ejecución frente a quien no aparece en el título ejecutivo está presente en STC 79/1996, de 20 mayo (*RTC 1996\79*); STC 36/2000, de 14 febrero (*RTC 2000\36*); STC 168/2008, de 15 diciembre (*RTC 2008\168*).

200 Por todos, cfr. GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario a los arts. 1137 a 1140 CC», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-2º, Edersa, Madrid, 1983, pp. 218 y ss.

201 Cfr. ATAZ LÓPEZ, «La solidaridad pasiva...», cit., p. 231.

bles, lo que da una idea de las dudas que ofrece una interpretación literal del art. 1137 CC²⁰².

Los supuestos más problemáticos son aquellos en que es la propia jurisprudencia la que determina la existencia de solidaridad, que aparecen cuando no puede identificarse con exactitud al causante de un daño pero pertenece a un grupo determinado²⁰³, cuando dos o más personas son causantes de un mismo daño, y cuando el daño ha sido causado por una persona, pero responde otra en su lugar²⁰⁴. La doctrina jurisprudencial sobre la solidaridad impropia aparece recogida en la STS (1^a) 20.5.2008 (RJ 2008\4607), que recoge muchas de las resoluciones anteriores sobre la materia: «Es reiterada la jurisprudencia que declara que existe solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. Esta responsabilidad, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la Ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena (...). Se trata de una responsabilidad *in solidum* [con carácter solidario], que obedece a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades (...) y se encuadra en el contexto de la regulación seguida por muchos códigos europeos, los cuales tienen como característica común el establecimiento de la responsabilidad solidaria para los varios responsables de un daño». En términos generales quizá quepa entender, como hace el art. 9:101 PECL, que el fundamento de la solidaridad en esos casos es la indivisibilidad del daño. Pero con independencia de la función que pueda desempeñar acoger en estos casos la idea de solidaridad, lo que aquí interesa plantear son los problemas procesales de la reclamación de daños y perjuicios.

La idea de «solidaridad impropia» viene conectada en la jurisprudencia a la responsabilidad civil cuando hay una pluralidad de responsables. Lo que no está tan claro es el propio concepto de solidaridad impropia.

202 Cfr. ATAZ LÓPEZ, «La solidaridad pasiva...», cit., pp. 233 y ss.

203 Cfr. MÚRTULA LAFUENTE, V., *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 101 y ss.

204 Las resoluciones jurisprudenciales son muy numerosas. Vid. MARTÍN CASALS – SOLÉ FELIU, «Comentario a los arts 1902 a 1910 CC», cit., pp. 2055 y ss.

La mayoría de las sentencias la identifican con aquella no establecida por la ley ni por pacto²⁰⁵, lo que plantea el problema de calificar como propia cualquiera que venga reconocida en la ley, a efectos de aplicar la doctrina del TS sobre la interrupción de la prescripción del art. 1974 CC. Con independencia de otro tipo de explicaciones, la mayor parte de la veces se puede afirmar que la solidaridad impropia es una solidaridad *ex post facto* o, si se prefiere, que la solidaridad viene creada por la propia sentencia o, en otras palabras, es creada por el propio pronunciamiento judicial. En este sentido la STS (1ª) 16.1.2006 (RJ 2006\416) afirma: «*la solidaridad aquí procedente es la denominada impropia en cuanto resultante no de ningún negocio jurídico sino de la sentencia que aprecia la participación conjunta de los tres demandados en un lucro injustificado a costa de la parte demandante*». En la STS (1ª) 19.10.2007 (RJ 2007\8257) se afirma que la solidaridad impropia «*no nace sino de la sentencia*». Con mayor audacia, en la STS (1ª) 17.6.2002 (RJ 2002\5223) afirma: «Es ésta una solidaridad, que cabe llamar “procesal” pues *se origina en la propia sentencia condenatoria y que no existía con anterioridad*». Ante tales afirmaciones, me parece acertada la postura de ATAZ LÓPEZ de considerar que, cuando la solidaridad no tenga origen en un pacto, debería justificarse en cada caso concreto que los arts. 1137 y ss. del CC no fueran plenamente aplicables, y no remitirse a una categoría que ni es uniforme ni responde a un criterio consolidado²⁰⁶. Lo que ocurre es que con ello continuamos con la incertidumbre de qué supuestos pueden ser de solidaridad impropia, salvo aquellos consolidados por la jurisprudencia. En otros casos siempre nos moveremos en el terreno *ex post facto*, y será la propia sentencia la que nos diga que se deben aplicar las reglas de la solidaridad y de qué modo.

Desde luego si hay algo que caracteriza a la solidaridad en los casos de responsabilidad civil es la posibilidad por parte del dañado de utilizar el *ius electionis* y el *ius variandi*, porque como destaca la STS (1ª) 15.4.2003 (RJ 2003\3713), la solidaridad en estos casos se establece «como medio de protección de los perjudicados». Lo que ya no está tan claro es en qué medida afectan a esta situación las categorías procesales que han sido analizadas con anterioridad.

205 STS (1ª) 17 junio 2002 (RJ 2002\5223); STS (1ª) 24 septiembre 2003 (RJ 2003\6204); STS (1ª) 24 mayo 2004 (RJ 2004\4033); STS (1ª) 16 enero 2006 (RJ 2006\416).

206 Cfr. ATAZ LÓPEZ, «La solidaridad pasiva...», cit., p. 260.

En principio parece clara la posibilidad de utilizar el *ius electionis*. El perjudicado podrá demandar a quienes legalmente deben responder en los supuestos regulados en el art. 1903 CC, o a cualquiera de los causantes materiales del daño cuando están identificados, o a cualquiera de los componentes del grupo que realizó el acto dañoso²⁰⁷. Puede igualmente demandar sólo a algunos o a todos ellos. De la misma manera si, demandado uno, no obtiene la correspondiente satisfacción, puede dirigirse por el mismo concepto a cualquiera de los restantes. La posibilidad de una acumulación subjetiva de acciones está también aquí clara, aunque no exista relación entre los posible causantes del daño. Y ello, porque el art. 72 LEC permite esta acumulación siempre que exista un nexo por razón del título o causa de pedir y, en concreto especifica: «se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos». Esta misma situación se contempla desde otra perspectiva en el art. 12 LEC como un caso de litisconsorcio voluntario, con los mismos requisitos (que las acciones provengan de un mismo título o causa de pedir).

Mientras haya sido demandado cualquiera de los posibles responsables, ninguno de ellos podrá oponer la falta de litisconsorcio pasivo necesario, porque si hay solidaridad no existe este último. Como se afirma en la STS (1ª) 28.2.2008 (RJ 2008\5212), «el litisconsorcio pasivo necesario no tiene sentido cuando abundantísima jurisprudencia ha declarado la solidaridad en los deudores de las obligaciones derivadas de acto ilícito (art. 1093 CC) conocidas con el nombre de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC). Siendo solidaria tal obligación de reparar el daño, el acreedor, es decir, el perjudicado, puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios (art. 1144), por lo que queda excluida la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario». La cuestión es importante pues, no habiendo litisconsorcio necesario, si existe una acumulación subjetiva de acciones el pronunciamiento de la sentencia no tiene que ser único para todas las partes, pudiendo darse una diversidad de soluciones referidas a cada uno de ellos. En los casos de litisconsorcio pasivo necesario, en cambio, el pronunciamiento de la sentencia será único para todas las partes, puesto que se refiere a un solo objeto al margen de que haya varias personas²⁰⁸.

207 Cfr, ampliamente, con abundantes ejemplos y supuestos que han sido resuelto por la jurisprudencia, ATAZ LÓPEZ, «La solidaridad pasiva...», cit., pp. 263 y ss.

208 Cfr. FONS RODRÍGUEZ, «La acumulación de acciones», cit., p. 451.

El problema, como destaca MÚRTULA LAFUENTE, estriba en que el carácter solidario nace precisamente de la sentencia judicial, y lo que aquí estamos planteando es previo: a quién demandar²⁰⁹. Por ello puede ser habitual que en la práctica el demandado alegue la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en la contestación a la demanda. El art. 420 LEC prevé una serie de supuestos de posible integración voluntaria de la litis durante la fase de audiencia previa (art. 416.1.3ª LEC), pero si el Tribunal estima procedente el litisconsorcio debe conceder al actor un plazo no inferior a diez días para constituirlo²¹⁰. En los casos de solidaridad entiendo que no es posible que el Tribunal admita la excepción de litisconsorcio, pero si lo hace, pocas posibilidades quedan en manos del actor si no es el recurso de reposición (art. 451.2 LEC). Desde luego si el Tribunal admite la excepción con el pretexto de tener un mejor conocimiento de las circunstancias que concurren en el caso, o para evitar la indefensión de otros sujetos a los que pueda imputarse el daño, hay que destacar que para ello existen otras vías. En concreto, como ya hemos visto, el art. 150.2 LEC prevé que, por disposición del Tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la resolución que ponga fin al procedimiento. No se trata aquí de la notificación a los que sean parte del proceso (que ya prevé el art. 150.1 LEC), sino a otros sujetos no litigantes, como los que puedan verse afectadas por la eficacia de cosa juzgada, o lo socios en los procesos de impugnación de acuerdos sociales (art. 222.3 LEC). No es este el caso de los responsables solidarios, pero nada impide considerar aplicable el art. 150.2 LEC respecto de otras personas que pueden verse afectadas por la sentencia que se dicte, aunque no se extienda frente a ellas la eficacia de cosa juzgada, como es el caso de los deudores solidarios.

La ampliación de los demandados en función del litisconsorcio, como ya he destacado, tiene una gran importancia respecto a las costas (art. 394.3 LEC), ya que los litisconsortes puede litigar con distinto Abogado y Procurador. Pero es que además, una decisión del juez en este sentido carece de justificación, pues como destaca BERCOVITZ, «la limitación subjetiva

209 Cfr. MÚRTULA LAFUENTE, *La responsabilidad civil...*, p. 97.

210 Si transcurre el plazo que se haya señalado al actor para constituir el litisconsorcio sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a nuevos demandados, se pondrá fin al proceso por medio de auto y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones (art. 420.4 LEC).

del efecto de cosa juzgada de la sentencia (art. 222.3 LEC), la posibilidad que consecuentemente tienen los hipotéticos responsables no demandados de defenderse frente a una acción de regreso y la imposibilidad de utilizar una sentencia como título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso (art. 542.1 LEC) constituyen garantías suficientes para preservar su derecho a la tutela judicial efectiva»²¹¹.

Por los mismos motivos, tampoco cabe alegar la excepción de litispendencia: la reclamación frente a uno de los responsables del daño no impide el ejercicio del *ius variandi* por parte de quien lo ha sufrido, que puede dirigir su demanda a cualquiera de los demás responsable. Es aquí donde puede plantear algún problema la cuestión relativa a la jurisdicción competente, de manera especial en los casos en que cada uno de los sujetos individualmente considerados debe ser demandado ante un orden jurisdiccional diferente, aunque puedan serlo ante el mismo si se les demanda conjuntamente. Así sucede en el caso resuelto por la STS (1ª) 2.12.2009 (RJ 2010\701) en que se reclamaban daños a la Administración y a su compañía aseguradora. El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria admite que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la demanda interpuesta contra la Administración y contra su aseguradora no es aplicable sino a los procesos iniciados a partir de la entrada en vigor de la modificación operada en la LOPJ por LO 19/2003. Sin embargo, considera que en este caso la Administración que resultó ser condenada no fue demandada ni emplazada sino en un momento posterior, como consecuencia de haber sido llamada por el Juzgado a raíz de las alegaciones formuladas en la audiencia previa. Según se afirma en la sentencia: «Esta interpretación se sostiene por la parte recurrente fundándose en una interpretación del principio *perpetuatio jurisdictionis* (perpetuación de la jurisdicción), vinculada a la identificación del demandado en la demanda y al emplazamiento de éste, que no puede considerarse aceptable. La jurisprudencia tiene declarado que los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, y a los que ha de estarse a la hora de establecer qué jurisdicción es competente para conocer del litigio (en contra de lo que sostiene la parte recurrente invocando el art. 411 LEC se producen, con arreglo al art. 410 LEC, desde la interposición de

211 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, «Litisconsorcio pasivo necesario», *Aranzadi Civil*, 2005-I, pp. 2175 y ss.

la demanda si luego es admitida (...), y este principio, fundado en razones de seguridad jurídica, no puede resultar alterado por el hecho de que con posterioridad a la interposición de la demanda se llame a otros sujetos al proceso, pues la perpetuación de la jurisdicción, además de los supuestos previstos en el art. 411 LEC, abarca, por razones análogas a aquellas en las que se funda este artículo (el cual contempla la modificación del objeto del proceso) y al amparo del principio general formulado en el art. 410 LEC, los supuestos de sucesión e intervención de partes y la llamada al proceso a litisconsortes y se ha mantenido incluso en los casos en que ha existido una importante demora desde el momento de la interposición de la demanda hasta el momento del emplazamiento».

Por lo que se refiere a los posibles efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada frente a uno de los responsables solidarios, tampoco se manifiesta ninguna peculiaridad por tratarse de solidaridad impropia, al haber desaparecido del art. 222 núm. 3 y 4 LEC la mención a los supuestos de solidaridad, entre los que se consideraba en el antiguo art. 1252 CC que existía identidad de personas.

Y tampoco hay que hacer ninguna matización en cuanto a la ejecución frente a los deudores solidarios, aplicándose el régimen previsto en el art. 542 LEC, en el bien entendido sentido de que la hipótesis que aquí se está barajando no permite incluir los supuestos de un título ejecutivo extrajudicial. Según el art. 542 LEC, no cabe la ejecución frente a los deudores solidarios que no hayan sido parte en el proceso, cuestión que deberá ser valorada por el demandante, por la relación que tiene con el problema de las costas. Pero parece que la prudencia impone demandar a quien debe responder por el causante material del daño y a este último (ya se trate en el primer caso de la aseguradora o de la persona que deba responder en virtud del art. 1903 CC o de otra disposición legal).

Los casos más complejos aparecen cuando se trata de una pluralidad de causantes materiales del daño, supuesto que ha llegado en numerosas ocasiones a los Tribunales. Cuando no es posible determinar qué parte del daño se debe a la actuación de cada uno de los responsables, se entiende que procede considerar que existe solidaridad²¹². Debe tenerse en cuenta que, cuando existe una pluralidad de causas, y son personas distintas las

212 STS (1ª) 12 abril 2002 (RJ 2002\2607); STS (1ª) 28 febrero 2008 (RJ 2008\5212); STS (1ª) 16 diciembre 2008 (RJ 2008\6983); STS (1ª) 20 mayo 2008 (RJ 2008\4607).

que deberían responder según la causa de que se trate, la solidaridad «procesal» no es automática, porque depende de que se pueda probar el grado de intervención de cada uno de los eventuales responsables. En este sentido, se refiere al caso de varias acciones causales concurrentes y a la posibilidad de individualización de la responsabilidad, la STS (1ª) 19.7.1996 (*RJ* 1996\5802): «Es cierto que esta Sala ha establecido la solidaridad impropia por culpa extracontractual en beneficio del perjudicado, pero también insiste la jurisprudencia en que tal solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposo se produce cuando hay pluralidad de agentes y concurrencia causal única, sin que sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades (...); mas como en el caso que nos ocupa no hay concurrencia causal única, sino acciones u omisiones causales concurrentes, y su relevancia en relación al resultado ha podido individualizarse por la Sala de instancia, el motivo ha de decaer». Igualmente en la STS (1ª) 16.4.2003 (*RJ* 2003\3718) se afirma: «Cuando como en el caso que nos ocupa se puede especificar el grado de participación que en la producción de un daño tiene sus causantes, si éstos son varios, no ha lugar a la solidaridad, sino a la responsabilidad mancomunada de cada condenado, cada uno por su parte». Antes las dudas que pueden surgir en estos casos sobre el resultado del pleito creo que es aconsejable demandar a todos los posibles causantes del daño pues, en caso contrario, la sentencia de condena sólo podría cubrir parte del daño.

Lo cierto es que si el Tribunal termina reconociendo que no hay solidaridad, nada puede impedir, desde el punto de vista procesal, que se pueda plantear una nueva demanda frente a otros responsables²¹³. Hay que tener en cuenta que el demandado se limitará a probar su falta de responsabi-

213 No habría aquí ningún problema de litisconsorcio pasivo necesario. Como afirma la STS (1ª) 19 abril 1995 (*RJ* 1995\3428): «La institución del llamado litisconsorcio pasivo necesario, de configuración jurisprudencial, tiene por finalidad esencial evitar que la sentencia que recaiga en un proceso pueda afectar directa y perjudicialmente, con los consiguientes efectos de la cosa juzgada, a alguna persona que no haya sido parte en dicho proceso, ni haya tenido, por tanto, la posibilidad de ser oída y de defenderse en el mismo, y eliminar, al mismo tiempo, la posibilidad de sentencias contradictorias sobre un mismo asunto. Dicha doctrina carece en absoluto de aplicación al presente supuesto litigioso, pues si el proceso de que este recurso dimana ha sido promovido exclusivamente, con base en el art. 1591 CC, para obtener la reparación de los vicios ruinógenos de una construcción, es evidente que solamente están legitimados para soportar el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal que dicho precepto configura, aquellas personas a las que se considere responsables de la producción de tales vicios (constructor o director técnico de la obra), con la demanda de los cuales queda plena y correctamente constituida la relación jurídico-procesal, pues la sentencia estimatoria que en dicho proceso pueda recaer en ningún caso puede afectar a quienes no intervinieron en concepto alguno en el *iter* constructivo determinante de la producción de los repetidos vicios ruinógenos».

dad, y aunque intente demostrar que la culpa fue de otra persona, la sentencia sólo puede ser absolutoria sin que pueda contener un pronunciamiento sobre el grado de culpabilidad de quien no ha sido parte en el proceso. La jurisprudencia sobre este punto es abundante referida al art. 1591 CC. Así la STS (1ª) 4.12.1993 (*RJ* 1993\9832) destaca lo siguiente: «si la ahora recurrente entiende la existencia de una concurrencia de culpabilidad en la producción de los vicios ruinógenos, atribuible a alguno de los técnicos intervinientes en la ejecución de la obra puede dirigirse contra ellos, sin que el no haber sido llamados al proceso en que se ha dirigido la demanda contra aquellas personas físicas y jurídicas a quienes la actora imputaba el resultado dañoso determine una incorrecta constitución de la relación jurídica procesal por la falta de llamada a juicio de alguno de los técnicos que a juicio de la recurrente debieron serlo, teniendo en cuenta que la sentencia que recaiga en el proceso así constituido no prejuzga la responsabilidad de los demás concurrentes a la obra, ya que, como dicen las SS (...), esta repercusión de responsabilidad pertenece a las relaciones “ad intra” entre los supuestos corresponsables, que caso de haberla, no trasciende necesariamente “ad extra” frente al titular del derecho que aquí es la Comunidad actora». En este mismo sentido, según la STS (1ª) 31.3.2005 (*RJ* 2005\2743), «el actor puede dirigir sin ninguna cortapisa la acción basada en el art. 1591 contra las personas físicas o jurídicas a la que crea responsables. Si la sentencia declara, por el contrario, que no lo son, “sibi imputet”, por lo que tendrá que demandar a otras, pero sin que la sentencia obviamente pueda realizar pronunciamiento de condena ni declaración de culpabilidad de quienes no han sido oídos en el proceso»²¹⁴.

7. LOS EFECTOS DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA SOLIDARIDAD IMPROPIA.

En lo casos de solidaridad de origen contractual no hay dudas sobre la aplicación del ap. 1º del art. 1974 CC: «La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores». La propagación de los efectos de la solidaridad es en estos casos clara. Inicialmente el TS aplicó la misma solución a todos los supuestos de solidaridad, tanto a la que tiene origen contractual

²¹⁴ Vid. en sentido muy similar la STS (1ª) 17 marzo 1993 (*RJ* 1993\2018); STS (1ª) 29 noviembre 2002 (*RJ* 2002\10399).

o legal, como a la denominada solidaridad impropia²¹⁵, aunque existe alguna aislada resolución que mantiene lo contrario en supuestos de solidaridad impropia²¹⁶. Si tenemos en cuenta que para el propio TS la solidaridad impropia se crea en la sentencia, este enfoque del problema no era satisfactorio. Como destaca Díez-Picazo la solidaridad no sería conocida en el momento de llevarse a cabo los actos interruptivos pues sólo resulta finalmente con certidumbre tras la sentencia, y cuando el tema de prescripción se discute ésta todavía no se ha dictado. Y además, en muchas ocasiones, no hay auténtica relación de ningún tipo entre los deudores solidarios²¹⁷.

A partir de 2003 la jurisprudencia del TS dio un giro radical en la interpretación del art. 1974 CC en relación con los supuestos de solidaridad impropia. Dicho cambio se produce en la Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del TS, celebrada el 27 de marzo de 2003, que adoptó, por amplia mayoría de votos (a pesar de las discrepancias) el siguiente acuerdo: «el pár. 1º del art. 1974 CC únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio

215 STS (1ª) 21 julio 2000 (*RJ* 2000\5500); STS (1ª) 23 octubre 2000 (*RJ* 2000\9197); STS (1ª) 8 mayo 2001 (*RJ* 2001\7379); STS (1ª) 29 octubre 2003 (*RJ* 2003\7773).

216 STS (1ª) 21 octubre 2002 (*RJ* 2002\8770). En ella se afirma: «La doctrina de esta Sala, en supuestos de responsabilidad de la Administración y de personas físicas o jurídicas privadas, ha admitido la existencia de una solidaridad impropia, por no derivarse de pacto o de disposición legal, siempre que el resultado dañoso sea consecuencia de varias aportaciones causales y no sea posible la determinación de la entidad de las respectivas aportaciones (...). Es decir, la obligación de responder del daño causado es solidaria por obra de la sentencia que la declara e impone, de ninguna manera es anterior. Así las cosas, no es posible dar efecto interruptivo de la prescripción a la acción contra el Ayuntamiento recurrente por obra de una demanda de conciliación dirigida exclusivamente contra otros que se juzgan por el actor responsable. El Ayuntamiento recurrente no fue sujeto de ninguna reclamación de responsabilidad, ni se ejercitó siquiera la vía administrativa de la previa reclamación. Mantener que en estas circunstancias puede perjudicarle la interrupción de la prescripción es contradictoria con la fuente de don de nace la solidaridad, que es la sentencia, no existe con anterioridad».

Con anterioridad había mantenido el criterio de no aplicar el art. 1974 CC a un supuesto de solidaridad impropia la STS (1ª) 23 junio 1993 (*RJ* 1993\4722). En esta sentencia se llega a afirmar: □ «(...) si bien alguno de los demandados propuso la excepción de prescripción extintiva ello no vincula al juzgador en punto a su posible estimación en cuanto se refiera a distinto demandado, porque ciertamente cada uno de ellos se encuentra en distinta posición procesal respecto de la parte actora en orden a posibles relaciones sustantivas o materiales con ella e incluso por la existencia o no de actos de interrupción del lapso prescriptorio, que pueden operar respecto de unos y no de otros; de ahí, que la prescripción sólo juega individualmente respecto de cada uno de los demandados en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y por tanto no es aplicable el art. 1974.1.º CC, aunque luego en la resolución judicial se acuerde el abono de la indemnización con carácter solidario, porque ello viene imperado por la doctrina jurisprudencial no por la preexistencia de una obligación con tal carácter que siempre ha de constreñirse a las derivadas de las constituidas contractualmente, sino por la necesidad de establecer en la responsabilidad extracontractual, un mecanismo equilibrador en favor del tercero víctima del daño acaecido en aras de la seguridad social y pública».

217 Cfr. Díez-Picazo, *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 152.

cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente». A pesar de las aceradas críticas de autores como ALBALADEJO a este cambio de criterio²¹⁸, puede considerarse uniforme en la jurisprudencia del TS, recogándose por primera vez en la STS (1ª) 14.3.2003 (RJ 2003\3645), en la que se destaca que este acuerdo se adopta «sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado». La doctrina contenida en esta sentencia es reiterada por otras muchas con posterioridad²¹⁹. Así en la STS (1ª) 19.10.2007 (RJ 2007\8257) se destaca: «si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y sólo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes».

La nueva doctrina es clara, pero tiene el problema de que los supuestos que el TS denomina de solidaridad impropia son muy heterogéneos. De ahí la matización que se realiza en las SSTS (1ª) 14.3.2003 (RJ 2003\3645) y 5.6.2003 (RJ 2003\4124) en el sentido de que existen casos en que sí puede aplicarse la interrupción de la prescripción por la vía del art. 1974 CC: *cuando por razones de conexidad o dependencia se pueda presumir el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre y cuando el sujeto afectado haya sido también demandado*. Estas sentencias no se pueden estar refiriendo al efecto interruptivo de la demanda frente a ambos, porque entonces no se plantea un problema de aplicación del art. 1974 CC. Directamente vienen a decir que el efecto interruptivo se produce por poderse presumir el conocimiento de la interrupción (cualquiera de las contempladas en el art. 1973 CC) que se ha producido respecto de otro. Es de suponer que se está pensando en la demanda o reclamación dirigida frente a uno de los posteriormente condenados (y no en un acto de reconocimiento), pues la STS (1ª) 4.6.2007 (RJ 2007\3612), considera que las reclama-

218 Cfr. ALBALADEJO GARCIA, M., *La prescripción extintiva*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2004, pp. 266 y ss.

219 STS (1ª) 5 junio 2003 (RJ 2003\4124); STS (1ª) 17 marzo 2006 (RJ 2006\5637); STS (1ª) 5 marzo 2007 (RJ 2007\1831); STS (1ª) 4 junio 2007 (RJ 2007\3612); STS (1ª) 9 octubre 2007 (RJ 2007\6809); STS (1ª) 19 octubre 2007 (RJ 2007\8257); STS (1ª) 15 octubre 2008 (RJ 2008\7125).

ciones cursadas a los demandados absueltos por falta de responsabilidad no interrumpen la prescripción de la acción frente al tercer codemandado autor del daño²²⁰.

Con esta interpretación no se dota de seguridad a la situación. Es cierto que en la mayor parte de los casos se entiende no aplicable el art. 1974 CC, pero en otros se llega a la solución contraria por existir esas razones de conexidad o dependencia. Así en la STS (1ª) 9.10.2007 (*RJ* 2007\6809) se considera que tiene eficacia respecto del patrón de un buque pesquero la interrupción operada por reclamaciones al armador, en función de la relación familiar, de dependencia y cercanía domiciliaria entre ambos que permiten presumir el conocimiento por el primero de las reclamaciones interruptivas cursadas al segundo. De manera menos clara en el caso resuelto por la STS (1ª) 16.12.2008 (*RJ* 2008\6983) se reconoce el efecto interruptivo de la reclamación extrajudicial dirigida a la empresa subcontratista respecto de la contratista principal. Habrá que estar a cada caso concreto para apreciar si existe esa conexidad o dependencia, que solo será conocida cuando se dicte la sentencia. Desde esta perspectiva parece recomendable la reclamación extrajudicial a todos los posibles causantes del daño: el problema es que puede no ser realizada tempestivamente.

No obstante, doctrinalmente se ha apuntado la necesidad de matizar esta doctrina jurisprudencial, por considerar que no todos los supuestos en que el TS habla de solidaridad impropia son susceptibles de tener el mismo tratamiento. Así, puede suceder que los varios responsables solidarios estén obligados por haber cometido cada uno de ellos un acto u omisión suficiente para provocar todo el daño. En este caso no sería de aplicación el art. 1974 porque la obligación de los distintos responsables es independiente. En cambio no debería tener el mismo tratamiento el supuesto en que uno de los obligados debe responder por los hechos de otro, pues aunque se trate de obligaciones distintas, existe una conexión causal entre ellas ya que no

220 En esta sentencia se afirma: «A esta última especie de solidaridad no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el art. 1974 CC en su párrafo primero, mucho menos, cuando el hecho alegado quedó imprejuizado, por propia definición, respecto de los que no fueron traídos al proceso, basándose en una presunta responsabilidad “in solidum” (la solidaridad no se presume conforme al art. 1.137 CC), que fue declarada para unos sujetos distintos de los luego por designio del reiteradamente actor vinculados, a los que no puede extenderse la singularidad de un pronunciamiento que se establece con base en las circunstancias fácticas alegadas y probadas en el asunto previo, sin que fuera de tal condena, precisamente, por inexistencia del expresado vínculo antecedente “ex voluntate” o “ex lege”, puedan formularse representaciones unilaterales de solidaridad sin causa demostrada».

puede sobrevivir una sin que exista la otra. En este caso, la aplicación del art. 1974 CC sería procedente cuando el acto interruptivo se realizara respecto al causante material del daño, pero no cuando se realizara respecto al responsable por hecho ajeno²²¹. A mi juicio tal interpretación, aunque pueda estar justificada, sólo podría plantearse *de lege ferenda*, pues la doctrina del TS, aunque discutible, es clara respecto a la no aplicación del art. 1974 CC en uno y otro caso. Por otro lado con independencia de que exista o no una conexión causal, el TS suele apreciar en los casos sometidos al art. 1903 CC la existencia de culpa propia, *in eligendo* o *in vigilando*, de manera que prácticamente no se admite la prueba exoneratoria de la diligencia exigible²²². Por tanto, la única vía posible para propagar los efectos del acto interruptivo sería la de la posibilidad de presumir el conocimiento de la interrupción que se haya producido respecto de otro responsable. En este sentido, esta manera de enfocar las cosas sólo puede entenderse aplicable a los actos de reclamación judicial o extrajudicial, pero difícilmente sería aplicable a los actos de reconocimiento (art. 1973 CC).

IV. REGLAS PROCESALES SOBRE LA PRUEBA: DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA AL CRITERIO DE LA FACILIDAD PROBATORIA

Las reglas generales sobre la carga de la prueba que recogía el art. 1214 CC, se contienen ahora en los núm. 2 y 3 del art. 217 LEC. De acuerdo con este precepto, corresponde al actor (y, en su caso, al demandado reconviniente) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. En cambio, incumbe al demandado (y, en su caso, al actor reconvenido) la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que

221 Cfr. ATAZ LÓPEZ, «La solidaridad pasiva...», cit., p. 274. Vid. además las consideraciones de ASÚA GONZÁLEZ, C., «Comentario a la STS de 16 de diciembre de 2008. Interrupción de la prescripción en la llamada solidaridad impropia», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 2 (2008). Dykinson, Madrid, 2009, pp. 363 y ss.

222 Cfr. MARTÍN CASALS – SOLÉ FELIU, «Comentario a los arts 1902 a 1910 CC», cit., p. 2056; PEÑA LÓPEZ, «Comentario al art. 1903 CC», cit., p. 2158

les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. Junto con esas reglas generales siempre han existido en leyes especiales reglas particulares de distribución de la carga probatoria²²³. En todo caso, el art. 217.6 LEC dispone que tales normas se aplicarán «siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes». Por ello, las reglas sobre carga de la prueba especiales son de aplicación preferente a las reglas generales.

No obstante, debe tenerse presente que los núm. 2 y 3 del art. 217 LEC sólo se refieren a la denominada *carga de la prueba formal*, es decir, a la distribución o reparto entre actor y demandado de la carga de probar cierto tipo de hechos. Una vez probado un hecho, es indiferente qué parte ha proporcionado la prueba, por lo que no pueden entenderse vulneradas las reglas sobre la carga formal de la prueba cuando los hechos han quedado probados, aunque lo sean por la parte a quien no incumbía desde el punto de vista formal. En virtud del principio de adquisición procesal, cuando un hecho ha sido probado no ha lugar ni siquiera a plantear la cuestión de la carga de la prueba. Es decir, todas las pruebas se incorporan al proceso, *son del proceso* y tienen como destinatario al Juez²²⁴. En el caso resuelto por la STS (1^a) 20.3.1945 (RJ 1945\287) la sentencia de instancia había denegado el beneficio de pobreza a un solicitante que no había probado que se daban los supuestos de tal beneficio, a pesar de que éstos habían resultado probados por el Abogado del Estado. Se declara que ha lugar al recurso de casación, y desde entonces la jurisprudencia sostiene de manera constante que cuando un hecho está probado es irrelevante e indiferente cual sea la parte que haya suministrado el material probatorio.

223 En algunas ocasiones, estas reglas pretendidamente especiales no son otra cosa que una reiteración de las reglas generales, que se recogen para mayor claridad. Así ocurre con el art. 72 TRLGDCU cuando, en lo referente a la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento, dispone: «Corresponde al consumidor y usuario probar que ha ejercitado su derecho de desistimiento conforme a lo dispuesto en este capítulo». Esta norma no hace salvedad a la aplicación de la regla general, sino que fija los términos de su aplicación al supuesto de ejercicio del derecho de desistimiento. Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., «Comentario al art. 217 LEC», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel – RIFÀ SOLER, José María – VALLAS GOMBAU, José Francisco (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Iurium, Barcelona, 2000, pp. 827, refiriéndose al art. 5.3 de la Ley 26/1991, de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (actualmente derogada). Respecto al TRLGDCU, cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al art. 72», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 649 y ss.

224 Cfr. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 6^ª ed., Thomson-Cívitas, Madrid, 2011, p. 106 y ss.

Como se afirma en la STS (1ª) 13.3.2001 (RJ 2001\5973), «en principio es al demandante a quien incumbía la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, pero no altera el juzgador tal principio de atribución de la carga de la prueba si realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora en conjunto su resultado (...). Pero cuando existe prueba no se puede reputar vulnerado el artículo 1214 CC (...) *siendo innecesaria cuando los hechos han quedado probados e irrelevante cuál de las partes ha aportado la prueba practicada*». Desde otra perspectiva, pero en el mismo sentido, en la STS (1ª) 22.9.2010 (RJ 2010\7135), se afirma: «lo que dice el artículo 217.6 es que para la aplicar las reglas de la carga de la prueba, a que se refiere el artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, lo que por principio se excluye cuando el hecho controvertido se declara probado, como sucede en este caso en el que la prueba de que hubo información consentida ha sido indudable extensa, y ha sido recogida tanto en la sentencia de instancia, como en apelación». Esta misma idea aparece en la STS (1ª) 24.2.1993 (RJ 1993\1247): «el precepto sustantivo (se refiere al art. 1214 CC) indicado por su carácter genérico y no expresivo de la regla concreta de valoración de prueba, no es apto para su cita con eficacia casacional, salvo que el Tribunal ante la falta de prueba –circunstancia no concurrente en este caso–, haya invertido el “onus probandi” que aquél establece, pero cuando hay prueba y de ella se extraen conclusiones incluso desacertadas, sería pertinente una acusación de otro orden y con distinta cobertura legal o fáctica pero no puntualizar como vulnerado el art. 1214 CC pues *en estos casos es irrelevante que la prueba suministrada a los autos para su enjuiciamiento proceda de una u otra parte contendiente* por lo que el motivo perece»²²⁵.

En realidad, tanto en los casos de responsabilidad contractual como extracontractual, lo verdaderamente relevante es la denominada *carga material de la prueba*, a la que se refiere el art. 217.1 LEC: «*Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que per-*

225 En el mismo sentido las STS (1ª) 25 de mayo de 1983 (RJ 1983\2912); STS (1ª) 9 de abril de 1997 (RJ 1997\2875); STS (1ª) 7 de octubre de 1997 (RJ 1997\7102); STS (1ª) 20 de octubre de 1997 (RJ 1997\7272); STS (1ª) 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9410).

manezcan inciertos y fundamenten las pretensiones». No importa tanto el reparto formal de la carga de probar unos hechos, sino las consecuencias de que alguno de los hechos afirmados por las partes no haya sido probado²²⁶.

La doctrina de la carga de la prueba adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde el punto de vista del juez y al final del proceso. Las reglas en que se resuelve la distribución de la carga de la prueba no tratan, de modo directo, de determinar *a priori* qué hechos deben ser probados por cada parte (carga de la prueba en sentido formal), sino que pretenden decir al juez qué debe hacer cuando una afirmación de hecho no ha sido probada. En este sentido, lo que hacen es fijar las consecuencias de la falta de prueba de los hechos (carga de la prueba en sentido material). Por ello, para el Juez, cuando un hecho no ha sido probado, la pregunta que debe hacerse es a quién perjudicará esta circunstancia en función de quién tenía la carga formal de probarlo, a quién perjudicará el carácter finalmente dudoso de un hecho relevante, es decir, quién debe soportar el fracaso de la prueba de un hecho²²⁷. Así pues, lo importante no es quién debió probar un determinado hecho, sino quién ha de cargar con las consecuencias de la falta de prueba. En realidad las reglas sobre la carga formal de la prueba van dirigidas a las partes del proceso. En cambio las reglas sobre la carga material de la prueba van dirigidas al Juez.

Lo que aquí interesa destacar son los términos el art. 217.6 LEC: las reglas sobre la carga de la prueba (tanto formal como material, pues el precepto alude a las «*contenidas en los apartados precedentes*») se deben aplicar «siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes». Los Tribunales, por tanto, no pueden aplicarlas de otra manera. No obstante, es un dato verificable que el TS ha utilizado como argumento el de la inversión de la carga de la prueba en numerosísimas sentencias, una veces a través de la presunción de que quien causa un daño lo hace negligentemente, correspondiéndole a él desvirtuar tal presunción, y otra acudiendo a la teoría del riesgo²²⁸. Señala

226 Cfr. MONTERO AROCA, *La prueba...*, cit., pp. 115 y ss.

227 Cfr. MONTERO AROCA – GÓMEZ COLOMER – MONTÓN REDONDO – BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, II, cit., pp. 262 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS – Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., pp. 298 y ss.

228 Debe tenerse en cuenta que la inversión de la carga de la prueba constituye una verdadera presunción de culpa por parte del causante del daño. Por ello en la jurisprudencia aparece de manera paulatina, a medida que se va dando entrada a la objetivación de la responsabilidad. Vid. STS (1ª) 10 julio 1943 (*RJ* 1943\856); STS (1ª) 24 marzo 1953 (*RJ* 1953\913); STS (1ª) 30 octubre 1963 (*RJ* 1963\4231); STS (1ª) 23

PANTALEÓN, refiriéndose a la prueba de la relación de causalidad que «para garantizar la “igualdad de armas” en el proceso, puede admitirse excepcionalmente una inversión de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad de médicos y otros profesionales semejantes, atendido al carácter más o menos impenetrable y opaco de su actividad profesional: una vez constatado que existió un tratamiento defectuoso, capaz de producir resultados dañosos como el acaecido, corresponde al demandado demostrar que fue otra la causa que lo produjo»²²⁹.

Este planteamiento ya no puede considerarse admisible. Como se ha destacado, admitir la inversión jurisprudencial de la carga de la prueba sería tanto como aceptar que la jurisprudencia puede hacer interpretaciones *contra legem*²³⁰. La posible inversión de la carga de la prueba no tiene en la actualidad ningún fundamento legal, sino más bien todo lo contrario,

marzo 1968 (RJ 1968\1840); STS (1ª) 11 marzo 1971 (RJ 1971\1234). Entre las más recientes, vid. las STS (1ª) 9 marzo 1995 (RJ 1995\1848); STS (1ª) 11 mayo 1996 (RJ 1996\3874); STS (1ª) 13 febrero 1997 (RJ 1997\701); STS (1ª) 9 marzo 1998 (RJ 1998\1270); STS (1ª) 6 abril 2000 (RJ 2000\2508); STS (1ª) 23 enero 2004 (RJ 2004\50); STS (1ª) 27 octubre 2005 (RJ 2005\8156); STS (1ª) 30 noviembre 2005 (RJ 2006\81); STS (1ª) 21 diciembre 2005 (RJ 2005\10147).

En algunos casos llega a hablarse, incluso, de responsabilidad sin culpa. Vid. STS (1ª) 21 enero 2000 (RJ 2000\225). Como destaca XIOL RÍOS, «Posición actual...», cit., p. 28, a partir del año 2005 se advierte un claro regreso a la teoría de la responsabilidad por culpa o subjetiva. Vid. la STS (1ª) 14 diciembre 2005 (RJ 2006\62).

No obstante, para determinado tipo de daños (en concreto médico-sanitarios), el TS no admitía la inversión de la carga de la prueba. Así, ha venido siendo doctrina habitual afirmar que en la valoración de la conducta del profesional sanitario *queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen*, estando, por tanto, a cargo del paciente la carga de la prueba de la culpa o negligencia correspondiente. En este sentido, las STS (1ª) 10 febrero 1996 (RJ 1996\866); STS (1ª) 15 octubre 1996 (RJ 1996\7112); STS (1ª) 8 septiembre 1998 (RJ 1998\7548); STS (1ª) 12 marzo 1999 (RJ 1999\2253); STS (1ª) 26 marzo 2004 (RJ 2004\1668); STS (1ª) 23 septiembre 2004 (RJ 2004\5890); STS (1ª) 18 julio 2006 (RJ 2006\4947); STS (1ª) 14 febrero 2007 (RJ 2007\565).

En cambio, aun dentro del ámbito médico-sanitario, se ha venido admitiendo la inversión de la carga de la prueba en los casos de *daño desproporcionado*. Vid. STS (1ª) 2 diciembre 1996 (RJ 1996\8938); STS (1ª) 18 febrero 1997 (RJ 1997\1240); STS (1ª) 19 febrero 1998 (RJ 1998\634); STS (1ª) 9 diciembre 1999 (RJ 1999\8173); STS (1ª) 19 julio 2001 (RJ 2001\5561); STS (1ª) 31 enero 2003 (RJ 2003\646); STS (1ª) 24 noviembre 2005 (RJ 2005\111).

229 Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902 del CC», en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1983.

No obstante, por lo que se refiere a los profesionales médicos, la STS de 14 de febrero de 2007 destaca que «en la valoración de la conducta del profesional sanitario *queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen*, estando, por tanto, a cargo del paciente la carga de la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*)». Cfr. STS (1ª) 14 febrero 2007 (RJ 2007\565). En sentido parecido la STS (1ª) 18 julio 2006 (RJ 2006\4947).

230 Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ – GIMENO SENDRA – MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 261.

como destaca XIOL RÍOS, porque no lo permite el art. 217.6 LEC²³¹. Lo que ocurre es que el TS ha sustituido el argumento de la inversión de la carga de la prueba por el de la facilidad probatoria a que se refiere el art. 217.7 LEC, que no es lo mismo, pero que puede conducir a resultados similares.

Así, dependiendo de cada caso concreto, lo que se hace es acudir a la doctrina de la distribución dinámica de la prueba, contenida en el art. 217.7 LEC: «*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*». Consiste esta doctrina en repartir la carga de la prueba, de manera que se obligue a aportar cada una de las pruebas a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Es decir, en cada fase del período probatorio cada parte deberá aportar aquellas pruebas que le resulten más accesibles. Esto en parte responde a los esquemas del análisis económico del Derecho: está en *mejores condiciones probatorias* aquel sujeto procesal que puede aportar las pruebas de manera más eficiente, ya sea por tener la información o el soporte documental de ésta; aquél que es capaz de acceder a dicha prueba con el *coste más barato posible*. Tanto la ubicación sistemática de este apartado 7 como su tenor literal (en cuanto que alude a los *apartados anteriores*, sin excepción) permiten aplicar la doctrina de la distribución dinámica tanto a la carga formal como a la carga material de la prueba. Ello tiene enorme importancia a la hora de probar los hechos negativos, pues resulta de todo punto más fácil probar los hechos positivos.

Esta doctrina no favorece necesariamente a la parte más débil, aunque es cierto que en muchas ocasiones ha sido utilizada por el TS en los casos de daños provocados a un paciente en el curso de una intervención, considerándose que el médico o el complejo hospitalario se encontraba en mejores condiciones de probar los hechos concretos²³². Como afirma LLA-

231 Cfr. XIOL RÍOS, «Posición actual...», cit., p. 31.

232 Generalmente el médico podrá hacerlo de manera más eficiente: tiene la información de lo realmente sucedido, sabe lo que hizo y cómo lo hizo, quiénes intervinieron, y qué tratamientos y/o aparatos se emplearon. Cfr. LLAMAS POMBO, E., «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 924 y ss., y en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, II, Universidad de Granada, Almería y Jaén, 2000, pp. 942 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos», en MARTÍNEZ CALCERRADA, L. y DE LORENZO Y MONTERO, R. (dir.), *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*, I, Colex, Madrid, 2001, pp. 111 y ss.

Las mismas consideraciones pueden hacerse en otros ámbitos de la responsabilidad. Cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad civil...*, cit., pp. 114 y ss.

MAS POMBO, en estos casos la dificultad probatoria del paciente no redundan en beneficio de nadie y a menudo conduce a una excesiva proliferación de procedimientos penales dirigidos más a preconstituir la prueba de determinados hechos a través de unas diligencias sumariales, que a hacer efectiva la finalidad punitiva de un procedimiento criminal²³³.

No obstante, el problema que plantea el art. 217.7 LEC es que se puede hacer preciso esperar a la sentencia para saber cuál de las partes debía probar cada extremo, pues es en la resolución judicial (en su argumentación y fundamentación) donde se efectúa este pronunciamiento. Pero las partes tienen que ser conscientes de que si no realizan un esfuerzo probatorio adecuado a tal regla dinámica, si no desarrollan una actitud probatoria diligente, serán sancionadas con un fallo desfavorable²³⁴. Esta manera de enfocar las cosas ya venía aplicándose por los tribunales antes de aprobarse la LEC/2000. Como se afirma en la STS (1ª) 2.12.1996 (RJ 1996\8938): «paulatina, pero inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en

233 Cfr. LLAMAS POMBO, «Responsabilidad médica...», cit., p. 925. Hay que tener en cuenta además, que la prueba en el proceso penal, por decirlo gráficamente, es gratis.

Se refiere también a esta cuestión RIVERA FERNÁNDEZ, M., «El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria», *ADC*, 2002, pp. 1651 y ss., en los siguientes términos: «La posibilidad de demandar directamente al personal sanitario ante una jurisdicción más ágil y rápida como es el orden penal, frente al interminable proceso contencioso-administrativo, y, consiguientemente, el poder obtener una indemnización de daños y perjuicios, bien directamente del propio personal condenado, bien subsidiariamente de la Administración Pública sanitaria correspondiente, ha originado que, en muchas ocasiones, se constituya en la vía preferida por la asistencia letrada de las víctimas, ciertamente en más ocasiones de lo que sería aconsejable, de forma excesivamente forzada ante la inexistencia del menor indicio de infracción penal cometida por el facultativo. Las ventajas que puede presentar, como puede ser la, ya mencionada, mayor celeridad en el procedimiento, o un razonable incremento en las posibilidades de probar y fijar determinados hechos que concurren en la producción del daño, circunstancias que harían prescribir la acción civil (artículo 1968.2.º del Código civil), pero no la penal, subsistente hasta que no transcurra el plazo de prescripción de la infracción penal, e, incluso, como se ha señalado en alguna ocasión, la satisfacción del perjudicado de ver al personal sanitario en el banquillo de los acusados, todos estos condicionantes, decíamos, hacen que la vía penal sea frecuentemente elegida con el único objetivo de lograr un rápido, dentro de lo que cabe, resarcimiento por parte de la víctima».

234 Cfr. LÓPEZ FRAGOSO, T., «La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 487, de 24 de mayo de 2001, p. 5; CASTILLEJO MANZANARES, R., «La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica», *La Ley*, núm. 6563, de 4 de octubre de 2006, pp. 3 y ss.

Como se afirma en la STS (1ª) 8 noviembre 2007 (RJ 2007\8253), la mejor posición probatoria de los demandados en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad no puede excusarles de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión por su parte.

no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase. Por ello va reafirmando el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión. Ello ocurre en el presente caso, en el que se carece, incluso, de una historia clínica de la paciente, que no sólo hace mucho más dificultosa la prueba sino que evidencia una falta de, cuando menos, rigurosidad profesional por parte del propio médico y del mismo centro hospitalario demandados».

En esta misma sentencia, se afirma más adelante: *«en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor; desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba. Asimismo debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la “lex artis ad hoc”, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización»*²³⁵. Más recientemente, la STS (1ª) 14.2.2007 (RJ 2007\565),

235 Vid. las consideraciones de SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1996», CCJC, núm. 43, 1997, pp. 341 y ss.

Lo mismo se reitera en la STS (1ª) 18 febrero 1997 (RJ 1997\1240); STS (1ª) 8 septiembre 1998 (RJ 1998\7548); y STS (1ª) 29 noviembre 2002 (RJ 2002\10404). En este último caso, el médico había practicado al demandante la extirpación de un tumor. Tras una serie de molestias, fiebre y estado anormal, el mismo médico practicó una nueva intervención y extirpó un trozo de gasa que había quedado allí, incarcerated en la primera operación. A continuación, el paciente presentó unas secuelas irreversibles, que dieron lugar a la

tras destacar que en la conducta del profesional sanitario queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, de manera que la carga de probar la culpa o negligencia está a cargo del paciente, sin embargo pone de relieve que ello «no cierra la posibilidad de llegar a la prueba del hecho, y a las consecuencias que su falta comporta para una u otra parte, conforme la disponibilidad y facilidad probatoria, contenida en la actualidad en el art. 217.6 de la nueva LEC (*hoy art. 217.7*), que recoge estos criterios jurisprudenciales, y resulta especialmente relevante cuando una de ellas está en condiciones de acceder a un medio de prueba de interés para el proceso»²³⁶.

Como se puede ver, la doctrina de la distribución dinámica de la prueba no tiene que ver con la inversión de la carga de la prueba pero puede conducir a resultados similares. Así se desprende de la STS (1ª) 17.9.2008 (RJ 2008\5517): «La sentencia llega a la *conclusión condenatoria a partir del análisis y valoración de la prueba pericial*, que pretendió cuestionarse en ambos recursos, pero *sin ignorar al tiempo la posible facilidad probatoria de los demandados* para desvirtuar estas apreciaciones resultantes de la pericia sobre el origen del síndrome en cuestión, y *ello no supone en modo alguno alterar las reglas sobre carga de la prueba, sino templarlas por este principio*». Dando un paso más, incluso, en el caso resuelto por la STS (1ª) 15.11.2010 (RJ 2010/9157), el incumplimiento del deber de aportar la correspondiente documentación médica se demostró con posterioridad al proceso, y dio lugar a la consideración de la existencia de una maquinación fraudulenta, justificando la revisión de dicho proceso. En este sentido, se afirma: «el interés de esa declaración a los efectos de la revisión deriva de que, al margen de una nueva visión de los hechos –cuya valoración constituirá, en su caso, materia del juicio rescisorio–, pone de manifiesto la realidad de un fraude procesal –maquinación fraudulenta en términos del art. 510, ordinal 4º LEC– gestada, fuera del proceso, entre los profesionales intervinientes en la rinoplastia estética, *con el fin de impedir a los perjudicados aproximarse remotamente, en el proceso civil –y, antes, a la tarea instructora impulsada de oficio, en un precedente proceso penal, en el que*

incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Sobre esta sentencia, vid. LUNA YERGA, A., «Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica», *InDret*, 2/2003, pp. 1 y ss.

236 En este mismo sentido, vid. las STS (1ª) 19 diciembre 2007 (RJ 2007\9047); STS (1ª) 17 julio 2008 (RJ 2008\4384); STS (1ª) 17 septiembre 2008 (RJ 2008\5517); STS (1ª) 19 noviembre 2008 (RJ 2008\6931); STS (1ª) 4 diciembre 2008 (RJ 2009\12); STS (1ª) 2 marzo 2009 (RJ 2009\1527).

aquel obtuvo buena parte del material de prueba—, a la realidad de lo ocurrido, generando una total oscuridad sobre ello, que no cabe tratar, por lo excepcional, con la aplicación de las reglas que imponían las tradicionales cargas procesales a los perjudicados demandantes. A los efectos de la revisión, la omisión de documentación inmediata de lo acaecido por parte de los profesionales obligados a realizarla, que debía estar a disposición de los legítimos interesados, y el sentido de las respuestas dadas por los intervinientes en la operación de cirugía estética a las preguntas dirigidas a averiguar la verdad —relatadas con detalle en la sentencia del Juzgado de Instrucción que conoció en primera instancia del juicio de faltas tramitado tras los hechos—, ejemplo de ignorancia de aquello que normalmente no podían desconocer, cobran particular sentido con la nueva declaración, que lleva a detectar la maquinación fraudulenta determinante del fallo de la sentencia desestimatoria de la demanda, después confirmado en la segunda instancia y en la casación».

Esta nueva manera de enfocar las cosas ha provocado la necesidad de efectuar matizaciones en la jurisprudencia más reciente. Así, la línea jurisprudencial que inició la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado comportaba un verdadera inversión de la carga de la prueba, fundada en el principio *res ipsa loquitur* en sus diferentes versiones (*faute virtuelle* o culpa virtual, o prueba de la apariencia). Tal es el caso de la STS (1ª) 30.1.2003 (RJ 2003\931): «el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción». En la actualidad, sin embargo, como afirma XIOL RÍOS, la jurisprudencia más reciente «parte de la necesidad de que el demandante pruebe la negligencia imputable al facultativo y explica la doctrina del daño desproporcionado fundándose en el principio de facilidad probatoria, en virtud del cual el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que se produjo el daño»²³⁷.

237 Cfr. Xiol Ríos, «Posición actual del Tribunal Supremo...», cit., p. 30.

Lo que es cierto es que, a efectos de la prueba, tanto con la jurisprudencia anterior como con la actual, en materia de responsabilidad civil (especialmente en el caso de la responsabilidad médica) se difuminan los contornos entre responsabilidad contractual y extracontractual, pues a efectos prácticos la cuestión llega a considerarse como indiferente por los Tribunales²³⁸. En los casos de responsabilidad *contractual* la prueba del daño ocasionado, la relación de causalidad, la falta de consentimiento informado, o cualquier violación de la *lex artis*, corre a cargo de quien sufre el daño. En los supuestos de responsabilidad *extracontractual* la doctrina del Tribunal Supremo es ahora que no cabe la inversión de la carga de la prueba, por lo que también aquí el dañado tiene la carga de probar el daño y la relación de causalidad, etc. Pero en ambos casos, el criterio de la facilidad probatoria puede hacer que se obligue a aportar cada una de las pruebas a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

En definitiva, cuando el proceso no tiene un interés predominantemente público o social, no se rige por el principio de oficialidad, sino por el principio dispositivo, pues son las partes las que además de alegar los hechos, tienen la iniciativa probatoria. Este principio, de justicia rogada, viene recogido en el art. 216 LEC en los siguientes términos: « Los tribunales civiles decidirán los asuntos *en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes*, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales». En este mismo sentido, el art. 282 LEC, referido a la iniciativa de la actividad probatoria, dispone que «las pruebas se practicarán a instancia de parte», aunque el tribunal puede acordar de oficio «que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley». No obstante lo anterior, desde la perspectiva de los problemas que puede plantear el criterio de la facilidad probatoria, en el sentido de que sólo se pone de manifiesto *ex post facto*, el art. 429.1 LEC incorpora una interesante posibilidad, poco utilizada en la práctica, y que sólo tiene aplicación en el juicio ordinario.

Según el art. 429.1, ap. 2º LEC, «cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para

238 Sobre el tema, ampliamente, FERNÁNDEZ COSTALES, J., *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, La Ley, Madrid, 1995, pp. 49 y ss.; GÓMEZ CALLE, E., «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico sanitario», *ADC*, 1998, pp. 1743 y ss.

el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo *pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria*. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, *podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente*». En este precepto se pone de relieve la confrontación entre dos modelos de juez: uno garantista y liberal, y otro autoritario, que se produjo durante el debate parlamentario de la LEC²³⁹. Al primer modelo corresponden los arts. 216 y 282. El art. 429 chirría dentro de este planteamiento y se corresponde con un modelo de juez autoritario. No obstante podría servir para plantear antes de la sentencia cuáles son los criterios de facilidad probatoria que puede llegar a tomar en consideración el Tribunal. En tales casos, el art. 429.1 LEC prevé que « las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal», por lo que es claro que no le corresponde al Tribunal acordar u ordenar la práctica de pruebas, pero sí señalar las que considera convenientes: a las partes les incumbe proponerlas o no, completando o modificando la propuesta anterior. Como se ha destacado la aplicación del precepto no es fácil y parece poco conveniente porque este pronunciamiento, aunque sea provisional, sobre la insuficiencia probatoria, exige un juicio previo. En este sentido, el Tribunal puede favorecer a una de las partes si se descuidó en la propuesta, lo que conlleva perjudicar a la otra parte²⁴⁰. Cuando el proceso no tiene por objeto un supuesto en el que está implicado un interés general o público parece mas prudente que sean las partes quienes realicen el esfuerzo probatorio. Pero ante la posibilidad de beneficiar a una de las partes en virtud del criterio de la facilidad probatoria manifestado *ex post facto*, por la vía del art. 429 LEC se podría *ex ante* advertir a las partes de la posible utilización del art. 217.7 LEC en ese caso concreto.

239 Cfr. MONTERO AROCA, *La prueba...*, cit., pp. 533 y ss.

240 Cfr. DE LA OLIVA – DÍEZ-PICAZO *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., p. 276.

V. LA LIMITACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA CON RESERVA DE LIQUIDACIÓN

1. LAS CONDENAS *GENÉRICAS* AL AMPARO DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEC/1881

La denominada *condena con reserva* (también denominada *condena a reserva* o *condena genérica*) fue, hasta la promulgación de la vigente LEC, pacíficamente aceptada por la doctrina, legalmente sancionada por nuestro ordenamiento jurídico, y cotidianamente aceptada por nuestro Tribunales²⁴¹. En síntesis, consistía en que el Tribunal dictaba una sentencia por la que se declaraba la existencia de un daño y la obligación de indemnizarlo, defiriendo la concreta cuantificación de su importe a un momento cronológicamente posterior, de tal suerte que la existencia del daño en sí, y la cuantificación de su importe se escindían²⁴²: hoy se dice si se debe o no, esto es, se determina el «qué», y se deja para un momento posterior la determinación de «cuánto» se debe²⁴³. En otras palabras, se partía de la existencia de un daño cuantificable pero, en ese concreto momento de sentenciar, no cuantificado²⁴⁴.

El encaje legal de las citadas sentencias se encontraba en los arts 359 a 361 LEC/1881. En principio, el art. 359 LEC/1881 literalmente determinaba, bajo la rúbrica «Exhaustividad y congruencia de las sentencias», que «las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del de-

241 Cfr. ARIAS LOZANO, D., «La llamada “condena con reserva”. Estudio del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGD*, 1996, p. 11141.

242 Cfr. CORDÓN MORENO, F.J., «La sentencia de condena a indemnizar daños y perjuicios», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, núm. 8, 1984, pp. 41-64, afirmaba que el fundamento del tratamiento procesal de la condena genérica se encontraba en la separabilidad lógica del juicio sobre la existencia y el juicio sobre la cantidad de la obligación, separabilidad fundada en razones de oportunidad y conveniencia. Es lo que CARNELUTTI, F., «Condena genérica al resarcimiento del daño», en *Estudios de Derecho Procesal*, II, (traducción española de SENTÍS MELENDO, S.), Buenos Aires, 1952., p. 333, denominaba como «caso típico del fenómeno de pluralidad de procesos respecto de una litis».

243 Cfr. ARIAS LOZANO, «La llamada...», cit., p. 11142.

244 En todo caso, se partía de una «única relación jurídica controvertida, en la que la declaración de sus hechos constitutivos se realiza en dos etapas diferentes, cada una destinada a conocer de una porción diversa del mismo supuesto de hecho» (CALAMANDREI, P., «La condanna “generica” ai danni», en *Rivista di Diritto Procesuale Civile*, 1933, I, p. 367).

bate. Cuando éstos hubieran sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos». La redacción del precepto no ofrecía dudas en cuanto a que su primigenio destinatario no era otro que el Tribunal, al que se le imponía decidir *todos* los puntos litigiosos debatidos. El mandato contenido en el art. 359 se veía complementado por la literalidad del art. 361 LEC/1881, que establecía que *los Jueces y Tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito*. Este conjunto normativo se veía completado con el art. 360 LEC/1881: «Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en el caso de no ser posible ni lo uno ni lo otro se hará la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia». Merece este último precepto un análisis detenido.

A) En primer lugar se establecía, en caso de concurrir la hipótesis de una condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, que habría de fijarse su importe en *cantidad líquida*. Se ha resaltado por ARIAS LOZANO²⁴⁵, no sin razón, que este primer mandato era redundante y superfluo, pues nada nuevo añadía a lo que ya disponían los arts. 359 y 361, en tanto en cuanto vinculaban suficientemente al Tribunal.

B) En segundo lugar, caso de no resultar posible fijar ese importe en cantidad líquida, tenían que establecerse, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debía hacerse la liquidación. Se consagraba así una primera excepción, pues si esa condena no era cuantificada, habían de establecerse al menos las bases para su cuantificación.

C) Por último, como excepción a la excepción, y solo para el caso de que no fuera posible ni lo uno ni lo otro, debía hacerse la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia. Las partes se veían así necesariamente abocadas (ciertamente igual que en el supuesto anterior) a un ulterior proceso de ejecución, tramitado conforme a las disposiciones de los arts. 928 y ss. LEC/1881, en el que en realidad se suscitaba la verdadera controversia, que consistía nada menos que en *cuantificar* esa abstracta y genérica condena contenida en la sentencia. La jurisprudencia no tuvo reparos en dar carta de naturaleza a esas previsiones normativas²⁴⁶.

245 Cfr. ARIAS LOZANO, «La llamada...», cit., p. 11145.

246 STS (1ª) 19 mayo 1958 (RJ 1958\1746); STS (1ª) 4 noviembre 1961 (RJ 1961\4975); STS (1ª) 22

Planteadas así las cosas, parece claro mantener que el fundamento de una condena con reserva solo podía venir dado por «la imposibilidad de imponer una condena líquida», de tal modo que estos supuestos, se sostenía, habían de reducirse al mínimo²⁴⁷.

Sin embargo, a pesar de que, como he destacado, el claro destinatario de la norma era el Juez, muy tempranamente se desnaturalizó la regulación legal (especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil), hasta el punto de que por la parte demandante, como parte de su estrategia procesal, se promovían acciones en reclamación de daños y perjuicios, en las que deliberadamente ni se cuantificaba su importe, ni siquiera se establecían las bases para su liquidación. Planteadas una demanda en esos términos, al Juez, so pena de infringir el mandato contenido en el art. 361 LEC/1881, no le quedaba otro remedio que aferrarse a las previsiones del art. 360 LEC/1881, en virtud del cual, si entendía que el demandado debía ser condenado a indemnizar al actor, eludía establecer el *quantum* indemnizatorio en la propia sentencia, relegando su fijación a un ulterior proceso de ejecución, cuya verdadera naturaleza era más declarativa que propiamente ejecutiva.

Ese *modus operandi* del actor se convirtió en recurrente fórmula de estilo a raíz de la reforma de la LEC 1881, por obra de la Ley 34/1984, de 6 de agosto. La citada reforma supuso cambiar el histórico criterio del vencimiento *subjetivo* en materia de costas que tradicionalmente había caracterizado nuestro ordenamiento jurídico, por el del vencimiento *objetivo*, en virtud del cual las costas habían de ser impuestas al litigante cuyas pretensiones fuesen totalmente desestimadas²⁴⁸. Dicho cambio legislativo había sido insistentemente reclamado por la doctrina científica²⁴⁹, que no

diciembre 1967 (RJ 1968\338).

247 Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. – DE LA OLIVA, A, *Derecho Procesal Civil*, III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992. p. 164.

248 Cfr. ALEJANDRO Y TORRES, V., *Las costas y las tasas judiciales*, Ediciones Monte Casino, Zamora, 1974, p. 8, mantiene que, en el sistema de vencimiento objetivo, se consideran las costas como una disminución del derecho, que debe resarcirse coetáneamente con el derecho declarado. Abunda en esta idea HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 74, quien afirma que los derechos no han de sufrir una minusvaloración por el hecho de ser discutidos en un proceso. Pone de relieve el citado autor (p. 94), que dado que las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 no contenían ningún precepto expreso regulador, con carácter general, de la condena en costas, dicha laguna legislativa llevó a la jurisprudencia a inclinarse por acoger el criterio del vencimiento subjetivo, lo que fue tempranamente criticado por la doctrina.

249 Cfr. BECEÑA, F., «Costas en el procedimiento civil», en *RDP*, febrero 1922, p. 33; ALCALÁ-ZAMORA

solo tildaba de obsoleta nuestra legislación procesal en esta materia²⁵⁰, sino que además argumentaba que ya se utilizaba como modelo en otras legislaciones de nuestro entorno, amén de ser respaldado por la doctrina más moderna²⁵¹. La modificación fue, en definitiva, aplaudida por la doctrina más autorizada, si bien fue reprochada la ubicación sistemática del precepto, pues ciertamente la nueva regulación se residenció en un precepto (el art. 523) que sobraba²⁵².

Así las cosas, tras la mencionada reforma en materia de costas, el riesgo de una eventual condena en costas, que siempre gravitaba sobre quien promovía una acción ante los Tribunales, era especialmente peligroso en los supuestos de reclamaciones de daños y perjuicios, sobre todo por lo elevado, generalmente, de las cuantías indemnizatorias reclamadas. Conviene transcribir el art. 523 LEC/1881, una vez reformado por la Ley 34/1984:

«En los juicios declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición.

Si la estimación o desestimación fueren parciales cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no

Y TORRES, N. – ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *La condena en costas*, Madrid, 1930, pp. 23 y ss. En el mismo sentido, DE LA VEGA BENAYAS, C., «La presunción –necesaria– de justicia del fallo como base de la condena expresa en costas. (Conveniencia de la adopción del principio del vencimiento objetivo como regla general)», en *Revista de Derecho Procesal*, 1952, pp. 389-390.

250 Cfr. GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, I, 3.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 570-575. Por su parte, MIGUEL Y ROMERO, M. – MIGUEL Y ALONSO, C., *Derecho Procesal Práctico*, II, 10ª ed., Gráficas Andrés Martín, Madrid, 1961, pp. 266-267, manifestaban que nuestro ordenamiento jurídico «adopta el defectuoso sistema subjetivo para la condena en costas», añadiendo que el «moderno criterio del vencimiento objetivo» tuvo como punto de partida el art. 60 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, regulador del desaparecido proceso de cognición.

251 Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E. – HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal*, I, *Derecho procesal Civil*, 4ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1955, pp. 807-808. En el mismo sentido, CHIOVENDA, G., *La condena en costas*, (trad. por DE LA PUENTE QUIJANO, J.; notas y concordancias con el Derecho español de XIRAU, J.R.), Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 220, quien califica de *moderno* el principio de vencimiento objetivo o vencimiento puro y simple.

252 Cfr. PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, *Proceso declarativo y proceso de ejecución*, 2ª ed., Pamplona, 1985, pp. 949-950.

procederá la imposición de costas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.

Cuando en aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo se impusieren las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar de la parte que corresponde a los Abogados, Peritos y demás funcionarios que no estén sujetos a aranceles una cantidad total que no exceda, por cada una de las partes que hubieren obtenido tal pronunciamiento, de la tercera parte de la cuantía del proceso; a estos solos efectos las pretensiones inestimables se valorarán en un millón de pesetas. Esta limitación no regirá cuando el Juez declare la temeridad del litigante condenado en costas».

De este modo, cuando el actor albergaba dudas sobre la prosperabilidad de su reclamación, planteaba su demanda solicitando que se condenase a la parte demandada a indemnizar en *las sumas que en ejecución de sentencia se determinen*. Esta manera de proceder reportaba varias ventajas²⁵³:

a) Se litigaba por cuantía *indeterminada o inestimable* (arts. 484.3.º y 490 LEC/1881), lo que resultaba especialmente económico tanto en lo relativo a los desaparecidos bastantes²⁵⁴, como ante una eventual condena en costas, pues a los efectos de minutar, se cuantificaba la reclamación en la suma de 1.000.000 pts. (art. 523.III LEC/188). Sin duda, si el demandante veía desestimada su pretensión, asumiría una «contenida» condena en costas.

b) Se eludía toda la enojosa, y costosa, alegación y prueba sobre el alcance y cuantía del daño, lo que suponía un importante ahorro en pruebas periciales, pues huelga decir que el esfuerzo probatorio quedaba relegado al incidente posterior a tramitar dentro de la ejecución.

c) La estimación total de la demanda generaba en la parte actora no solo una victoria judicial, sino también moral, amén de la económica, pues caso de existir una condena en costas, ya obligaba a la parte demandada a satisfacer su importe, sin siquiera esperar a cuantificar el importe de la condena indeterminada.

253 Cfr. RIBELLES ARELLANO, J.M., «Comentario al artículo 219», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel – RIFÀ SOLER, José María – VALLAS GOMBAU, José Francisco (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Iurium, Barcelona, 2000, pp. 846-847.

254 Sumas que giraba el Colegio de Abogados correspondiente por el *bastanteo* del poder para pleitos aportado, es decir, por la declaración que hacía un Letrado de ser suficiente (bastante) el poder para poder promover el litigio en cuestión.

No obstante, también se apreciaban inconvenientes, siendo el más destacable que se dilataba el horizonte de la percepción de la posible indemnización, pues sabido era que se precisaba un ulterior proceso incidental destinado a cuantificar el importe de esa genérica condena; proceso que en la mayoría de las ocasiones (por no decir siempre) era de mayor complejidad que el propio proceso declarativo previo. Tampoco resultaba desdeñable que, cuando se obtenía una sentencia estimatoria y por el condenado se promovía recurso, no era posible para el actor instar la ejecución provisional, dado que el art. 385 LEC/1881 sólo permitía ejecutar provisionalmente aquéllas sentencias que condenaban al pago de una cantidad líquida o cuya liquidación pudiera efectuarse por simples operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo, lo que obviamente no era de aplicación a las sentencias de condena genérica.

La condena con reserva se convertiría *de facto* en una facultad táctica del demandante, transmutándose una posibilidad que la norma reservaba al Juez, en una facultad (con el beneplácito de la doctrina y jurisprudencia) al servicio de los intereses estratégicos del actor. De este modo, el demandante eludía deliberadamente cualquier esfuerzo probatorio que fuese más allá de lograr la convicción del Juez de la certeza y existencia del daño, así como de la obligación del demandado de repararlo.

Los posibles reproches de incongruencia *extra petitum*²⁵⁵, en que la sentencia de condena genérica podía incurrir, fueron jurisprudencialmente descartados. Así se desprende de la STS (1ª) 19.12.1998 (RJ 1998\9645): «Ante todo hay que afirmar que el art. 360 LEC que es complementario de su precedente, tiene, para su vigencia, que partir de la base de que sólo procederá cuando el juzgador se halla en la imposibilidad de fijar o concretar una cantidad determinada como “quantum” a indemnizar, pero nunca, cuando según su criterio y a resultas de la operación hermenéutica que ha realizado sobre la prueba practicada, se puede determinar la misma. Todo lo cual significa que no se puede hablar de la incongruencia enunciada en el art. 359 LEC, desde el momento en que no es preciso acudir a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 360 de dicha Ley Rituaria, puesto que se han podido utilizar los mecanismos del apartado primero de este precepto procesal. Todo lo anterior se corrobora totalmente con lo dispuesto en las

255 Por existir una posible vulneración de las exigencias de *exhaustividad* y *congruencia* en la sentencia, exigidas por el art. 359 LEC/1881.

Sentencias de esta Sala de 7 febrero y 5 julio 1994 perfectamente traídas a colación por la parte recurrida, y que establecen una doctrina jurisprudencial que se puede configurar en dos datos: a) que legalmente se permite (art. 360 LEC), poder fijar los parámetros de la indemnización con los elementos que aparecen probados en autos, y así se podrá hacer, aunque se haya solicitado dejar tal operación para la fase de ejecución; por lo que ello nunca significará la existencia del vicio procesal de incongruencia, b) que cuando en las actuaciones hay datos suficientes, que han sido objeto de las actividades probatorias correspondientes sujetándose a las normas que las regulan, puede la sentencia llegar a la fijación de lo debido sin aplazar esta tarea para la ejecución, sin que ello asimismo signifique incongruencia alguna». Resulta especialmente clarificadora la STS (1ª) 7.2.1994 (*RJ* 1994\919), alguno de cuyos fundamentos transcribo, tras realizar una serie de consideraciones en torno a la congruencia de las sentencias:

«(...) proyectando la doctrina jurisprudencial expuesta al caso de autos, se aprecia que la sentencia recurrida no incurrió en vicio de incongruencia, al atenerse su parte dispositiva a las prescripciones que establece el art. 359 LEC, bastando para comprenderlo así el examen comparativo entre los términos del fallo y los de los pedimentos del suplico de la demanda, especialmente, cuando el art. 360 del Texto Procesal permite fijar el importe de los daños y perjuicios en cantidad líquida o, por lo menos, establecer las bases para su pertinente liquidación, y sólo en el caso de no ser ello posible, la condena se hará a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia, y a tal respecto, no es dable admitir que concurra incongruencia por el hecho de que la parte no hubiera postulado su determinación en la sentencia. Por lo demás, respecto al punto concreto planteado en el submotivo, es de ver que los valores y cantidades que en el suplico de la demanda se solicitó que su determinación se hiciese en ejecución de sentencia, fueron los referidos en las partidas 5.ª, 6.ª y 7.ª reseñadas en el hecho decimocuarto de aquélla, si bien, el problema quedaría reducido a la partida 5.ª (“el valor que en ejecución de sentencia se fije a la demolición de lo construido...”) pues las dos siguientes, 6.ª y 7.ª, fueron rechazadas en ambas sentencias, pero es de tener en cuenta, ineludiblemente, como con acierto se razonó en la recurrida (...), que el actual recurrente no apeló la recaída en primera instancia y, por tanto, y de acuerdo con el art. 408 LEC, dicha sentencia adquirió para él, ca-

rácter de firme, con lo cual, el Tribunal “a quo” careció de posibilidad jurídico-procesal en orden a la discusión de las partidas eliminadas y a la determinación de la cuantía de la 5.^a en el trámite de ejecución de sentencia, no obstante conocer el meritado Tribunal la doctrina sentada en las Sentencias (...) y reconocer que esa imposibilidad podría originar una indemnización inadecuada para el momento de su cobro efectivo, y, por otro lado, la inobservancia del art. 408 hubiera llevado a incurrir en una “reformatio in peius”. Las consideraciones que anteceden impiden apreciar que la sentencia recurrida hubiera vulnerado los arts. 359 y 360 LEC, lo que origina el decaimiento del submotivo analizado, siendo de decir al respecto, que la imposibilidad de revocar el pronunciamiento relativo a la determinación de la cuantía de la indemnización, no supone ningún desconocimiento de la protección que previenen los arts. 24 y 7 CE y LOPJ, respectivamente, para los derechos e intereses legítimos, los que, en modo alguno, pueden ser conturbados por la obligatoria aplicación de normas legales, sin que de ello quepan derivar situaciones de indefensión, sobre cuyo particular, ha de recordarse que el señor T. B. no ejercitó, por las razones que fuesen, el derecho de apelación que le correspondía».

2. LAS CONDENAS GENÉRICAS EN LA VIGENTE LEC.

La LEC no proscribe de manera definitiva la posibilidad de que se dicten sentencias con reserva de liquidación, pero la restringe enormemente. La propia Exposición de Motivos, en su ap. IX, avanza ya una verdadera declaración de intenciones: «Novedad de esta Ley son también las normas que, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina más autorizadas, expresan reglas atinentes al contenido de la sentencia. Así, los preceptos relativos a la regla *iuxta allegata et probata*, a la carga de la prueba, a la congruencia y a la cosa juzgada material. Importantes resultan también las disposiciones sobre sentencias con reserva de liquidación, que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible, y sobre las condenas de futuro».

En concreto, bajo la rúbrica «Sentencias con reserva de liquidación», el art. 219 LEC establece lo siguiente:

«1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse

también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.

3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades».

Se ha destacado acertadamente que la nueva regulación pretende poner coto a la pretéritas prácticas que provocaron, fundamentalmente en el ámbito de las reclamaciones de daños y perjuicios, un empleo abusivo de las denominadas condenas con reserva²⁵⁶. Esta regulación es consecuencia de la norma general contenida en el art. 209.4.^a LEC, que exige que el fallo de toda sentencia de condena dineraria habrá de establecer «la cantidad objeto de la condena, *sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia*», a lo que se añade a continuación: «*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta Ley*». El cumplimiento de esta regla supone que, ya en la propia demanda, cuando se ejercite una acción en reclamación de cantidad, el actor no puede limitarse a solicitar una sentencia mero declarativa del derecho a percibir daños y perjuicios, sino que deberá solicitar la condena al pago, bien cuantificando exactamente el importe, bien fijando con claridad las bases de liquidación²⁵⁷.

256 Cfr. RIBELLES ARELLANO, «Comentario al art. 219 LEC», cit., p. 846. En el mismo sentido, TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Colección LEC/2000, La Ley, Madrid, 2000, p. 123.

257 Cfr. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, 5^a ed., Madrid, 2010, p. 223.

En definitiva, el art. 219 LEC, si bien no proscribe las sentencias de condena con reserva, sí limita o restringe su alcance, pues se fuerza a las partes y al propio Tribunal a cuantificar el importe de la reclamación o, caso de no ser esto posible, a fijar las bases de la liquidación²⁵⁸.

No obstante el art. 219.3 LEC admite excepcionalmente que se solicite la reserva de liquidación como única pretensión, posponiendo a un ulterior proceso la liquidación de las concretas cantidades²⁵⁹. Esta última previsión normativa que permite, al menos formalmente, la condena al pago de una *cantidad no precisada*, ha sido tempranamente criticada²⁶⁰, pues se permite el ejercicio de una acción que culmine en una sentencia de condena claramente inejecutable, con la inevitable consecuencia de que, para poder liquidar dicha condena, se haya de seguir otro proceso declarativo posterior. Sea como fuere, parece razonable entender que, dentro del ámbito de la responsabilidad civil, difícilmente será concebible una hipótesis que tenga encaje dentro de la letra del art. 219.3 LEC, por lo que en el ejercicio de acciones de esta naturaleza, entiendo que será siempre posible –y por ende exigible– que el demandante cuantifique la suma indemnizatoria que pretende²⁶¹.

VI. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES POR DAÑOS

La cuestión relativa a la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones por daños ha sido, y sigue siendo todavía, especialmente problemática. Aunque se pueda considerar un conflicto menor, lo cierto es que de plantear la demanda ante uno u otro orden jurisdiccional se derivan consecuencias diferentes, porque los Tribunales no resuelven con arreglo a los mismos criterios. El problema se agrava cuando dos órdenes jurisdiccionales diferentes pretenden atraer hacia sí la competencia para resolver determinados asuntos, o cuando, de hecho, ambos asumen directamente su

258 Cfr. RIBELLES ARELLANO, «Comentario al art. 219 LEC», cit., p. 847.

259 Cfr. ARMENTA DEU, *Lecciones...*, cit., pp. 223-224.

260 Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto...*, cit., pp. 124-125.

261 Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid, 2001, pp. 105 y ss.

competencia, lo que desemboca en una jurisdicción electiva.

Cuando nos movemos en el terreno de las relaciones contractuales entre particulares, ante los daños que provoca el incumplimiento es clara la competencia del orden civil por tratarse de «materias que le son propias» (art. 9.2 LPOJ). Sin embargo, cuando el hecho generador del daño constituye delito o falta es competente la jurisdicción penal, salvo que se haga expresa reserva de las acciones para reclamar la responsabilidad en la vía que corresponda (arts. 109, 116 y 119 CP). Este mismo problema se plantea con relación a la responsabilidad civil extracontractual en caso de comisión de un delito o falta pues, según el art. 109.1 CP, «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta *obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*». Además, señala el art. 116.1 CP que «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios».

En otras ocasiones será el sujeto causante del daño quien determine la competencia de un determinado orden jurisdiccional, como ocurre con la jurisdicción contencioso-administrativa cuando los daños son consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Pero de nuevo las fricciones con el orden civil aparecen cuando un particular ajeno a la Administración ha concurrido a la producción del daño, o cuando aquélla tiene concertado un seguro y se pretende utilizar la acción directa frente a la aseguradora.

Finalmente, los problemas de jurisdicción competente aparecen igualmente entre la jurisdicción civil y la social respecto a los daños que se producen como consecuencia de una relación laboral. Es en este punto donde los tribunales han tenido que hacer grandes equilibrios para intentar distinguir en qué casos el daño se ha producido o no dentro de la estricta órbita contractual. Desde la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual en este ámbito, del límite entre las mismas, se ha querido desembocar en la competencia de la jurisdicción laboral, en el primer caso, y de la jurisdicción civil, en el segundo. Pero en realidad la pregunta sobre la jurisdicción competente debe tener una respuesta clara en la ley, porque la atribución a uno u otro orden jurisdiccional no debe hacerse depender de la calificación de la responsabilidad, o debe hacerse independientemente de dicha calificación.

1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

1.1 La responsabilidad del art. 1092 CC.

De acuerdo con el art. 1092 CC, «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal». La mayoría de la doctrina considera que la responsabilidad civil que contempla el art. 1092 no procede *del delito*, sino del *daño injusto* que tal delito genera, lo que acerca esta responsabilidad a la del art. 1093 CC (la derivada de actos u omisiones no penados por la ley en que intervenga culpa o negligencia)²⁶². Por ello, el art. 109.1 CP obliga a reparar los daños y perjuicios *causados* por el delito o falta. Con independencia de las razones históricas que explican la regulación de la materia en el CP²⁶³, lo cierto es que las cosas continúan como están y, como afirma LLAMAS POMBO, el art. 1092 CC constituye una norma incompleta, que únicamente remite de manera expresa a la regulación contenida en el CP, con independencia de cuál sea el orden jurisdiccional que la aplique (la remisión se efectúa a los arts. 109 a 126 CP, que deben ser completados con los arts. 100 a 117 LECrim)²⁶⁴.

En realidad el que la acción indemnizatoria se haga valer dentro de uno u otro proceso, conjuntamente con la acción penal, o independientemente de ella ante la jurisdicción civil, no altera el contenido de la obligación de indemnizar. Como se destaca en la STS (2ª) 10.10.2006 (RJ 2006\7705), «no hay dos tipos de responsabilidad civil, una derivada del delito o falta y otra del acto o la omisión culpable, sino una responsabilidad que nace del acto u omisión ilícitos. Esto es evidente porque la sentencia penal que condena por un delito no presupone, sin más, la existencia de responsabilidad civil, dado que ésta nace de la producción de un daño y este daño unos delitos pueden producirlo y otros nos. No es cierto, por tanto, que toda res-

262 Por todos, DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pp. 269 y ss., y *Fundamentos...*, V, cit., pp. 235 y ss.. La doctrina penal es en la actualidad absolutamente mayoritaria en este sentido. Cfr. ALASTUEY DOBÓN, C., «Comentario a los arts. 109 a 122 del Código Penal», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 443 y ss., y allí, referencias.

263 Ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, M., «El perturbador artículo 1092 del Código civil: cien años de errores», en *Libro conmemorativo del centenario del Código civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho civil, Madrid, 1990, pp. 2109 y ss.; y *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, pp. 51 y ss.

264 Cfr. LLAMAS POMBO, E., «Comentario al art. 1092 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1190.

ponsabilidad criminal conlleve necesariamente la civil. Las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquéllas en las que el hecho además del daño criminal a ellas inherente, producen un daño civil, es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente; por lo cual se mantiene la opinión de que los delitos formales o de peligro, no son susceptibles de generar responsabilidad civil»²⁶⁵.

Así pues, la responsabilidad civil que se puede apreciar en un proceso penal es la misma responsabilidad civil extracontractual del art. 1093 CC, aunque el Juez penal tenga competencia para pronunciarse sobre esta última. La remisión efectuada por el art. 1092 CC permite plantear diversas hipótesis. Según el art. 109.2 CP, «el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil», y con arreglo al art. 119 CP, el Juez penal procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda. Cabe distinguir así las siguientes posibilidades:

a) *Si el perjudicado no ha renunciado a la acción indemnizatoria o se ha reservado su ejercicio para un ulterior proceso ante la jurisdicción civil, el ejercicio de la acción penal conlleva implícitamente el de la acción civil.*

Según el art. 112 LECrim, «ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar». Además, de acuerdo con el art. 114 LECrim, «promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal».

Algunos casos se pueden considerar controvertidos. Así en la STS (1ª) 13.4.2004 (RJ 2004\2620) el perjudicado no se había reservado las accio-

265 A ello se añade más adelante: «Consecuentemente la llamada responsabilidad civil *ex delicto* no es diferente de la responsabilidad civil extracontractual ordinaria de los arts. 1902 y ss. del CC. Ello implica afirmar la naturaleza plenamente dispositiva de la responsabilidad civil y si la responsabilidad civil *ex delicto* se resuelve en definitiva, un caso de responsabilidad extracontractual, estamos ante una relación jurídica material privada, que podrá dar lugar a una pretensión declarativa de condena. Su regulación en el Código Penal no significa, por tanto, un cambio de naturaleza jurídica, es decir, la acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en un proceso penal (arts. 100, 108, 111, 112 y 117 LECrim)».

nes civiles, y la sentencia penal (condenatoria) había hecho constar que no podían acogerse «las pretensiones indemnizatorias formuladas por la acusación particular, sin perjuicio de las acciones civiles que en relación con los hechos pudieran corresponderle y de las partidas que, como honorarios periciales o devengos similares, entren en el área de las costas procesales». Cuando se formula demanda de reclamación de daños ante la jurisdicción civil, esta es acogida en la instancia, pero la Audiencia estima la excepción de cosa juzgada porque no se había hecho reserva expresa de la acción civil derivada del delito «ni se recurrió la indebida o improcedente decisión —a juicio de esta Sala—, de la reserva de acciones civiles hecha por el Juzgador de lo Penal *a quo*». El TS casa la sentencia declarando improcedente la excepción de cosa juzgada «porque jamás el orden penal juzgó la responsabilidad civil, luego no es posible que, en el plano de la lógica enjuiciadora, se pueda decir que hubo cosa juzgada concerniente a esa responsabilidad, elusiva de este orden civil»; y porque la resolución penal había dejado taxativamente a salvo el ejercicio de la acción civil. A mi juicio en este caso, existiendo condena penal, era forzoso el pronunciamiento civil, que posiblemente debería haber sido absolutorio, pero que el Tribunal no podía eludir con la expresión «sin perjuicio de las acciones civiles...»²⁶⁶.

No obstante, la Sala Segunda del TS considera que las acciones civiles se rigen por los principios dispositivo, de rogación y de congruencia, mientras que el proceso penal está presidido por el principio de oficialidad. Se entiende así que el Tribunal sólo podrá pronunciarse sobre la pretensión civil si existe una petición expresa del propio perjudicado o del Ministerio Fiscal²⁶⁷. Así, en la STS (2ª) 1.9.1999 (RJ 1999\7184) se afirma: «la petición de responsabilidad civil no forma parte del principio acusatorio, ya que por su propia naturaleza tiene una naturaleza civil, y por ello está regido por los principios de rogación y congruencia, que son los que limitan el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que implica la existencia de

266 LLAMAS POMBO, E., «La mal llamada (y peor entendida) responsabilidad civil ex delicto», *Práctica Derecho de Daños*, núm. 19, 2004, pp. 3 y ss., y *Reflexiones...*, cit., pp. 41 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., — «La responsabilidad civil en el proceso penal», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, I, Parte General, 4ª ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008., pp. 1122 y ss.

267 Cfr. ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 84 y ss.

Sobre el debate doctrinal en torno al alcance del principio de justicia rogada de la acción civil ejercitada en un proceso penal, ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 116 y ss.

no señalar una responsabilidad mayor de la pedida». De una manera más clara, en la STS (2ª) 15.11.2006 (RJ 2006\8088) se considera que, aunque no exista renuncia expresa del perjudicado a la acción de responsabilidad civil, el Tribunal sólo puede pronunciarse acerca de la misma si existe una pretensión expresa del propio perjudicado o del Ministerio Fiscal²⁶⁸.

b) *Si, en el caso anterior, la sentencia penal es condenatoria, debe pronunciarse necesariamente sobre la responsabilidad civil. Los perjudicados ya no pueden acudir a la jurisdicción civil aunque no se les reconozca en la sentencia derecho a indemnización.*

En este caso, como destaca la STS (2ª) 19.11.2004 (RJ 2004\7654), «cuando el hecho que se sanciona como delito o falta ha causado algún daño o perjuicio a alguna persona, tal daño o perjuicio debe repararse o indemnizarse y la sentencia penal debe pronunciarse al respecto, salvo que el perjudicado haya renunciado o se haya reservado su derecho para ejercerlo ante la jurisdicción civil (arts. 109 y ss. CP y 100 y ss. LECrim)». El pronunciamiento del Juez penal sobre la responsabilidad civil debe recaer sobre su procedencia, cuantía y sujetos obligados²⁶⁹.

El propio TC ha declarado que la sentencia penal debe ser fundada en todo lo relativo al pronunciamiento sobre la responsabilidad civil, determinando el daño causado por el delito, haciendo una estimación razonada de

268 En esta sentencia se afirma: «consta en el Acta del Juicio cómo la perjudicada no formuló reclamación alguna, razón por la que el Fiscal no la incluyó en sus Conclusiones, ante lo que el Tribunal sí que se la otorga, entendiendo que si bien no se expresó con claridad deseo de reclamar tampoco existía una renuncia expresa a ello. No parece acertada esta postura, no sólo porque la Sala tuvo oportunidad de aclarar este extremo, de manera concluyente, en el interrogatorio practicado a la víctima en el acto del Juicio, sino, más aún, porque hallándonos, como nos hallamos, ante un aspecto civil del enjuiciamiento, y por ello regido por el principio de “justicia rogada”, la ausencia de petición expresa, realizada por la propia víctima o, en su caso, por el Fiscal, impide un pronunciamiento positivo al respecto. Una cosa es que la ausencia de personación del perjudicado en la causa penal no suponga el renuncia a la indemnización e, incluso, que la renuncia se haya de efectuar de forma expresa y terminante, como establece el art. 110 LECrim, y otra bien distinta y determinante que, en cualquier caso, deba existir siempre una pretensión formulada por perjudicado o Fiscal, para poder ofrecer al Tribunal la posibilidad de pronunciarse».

269 Así se destaca en la STS (1ª) 21 mayo 1993 (RJ 1993\3722): «se puede resumir la doctrina jurisprudencial en las siguientes conclusiones: A) La declaración de la existencia y de las circunstancias del evento que constituyó delito o falta es de la competencia de los Tribunales penales; B) *La indemnización derivada de la responsabilidad civil, ha de ser declarada íntegramente por el Tribunal penal en cuanto a su procedencia, cuantía y sujetos*; C) Condenado el denunciado, sin que figure en el fallo penal reserva alguna en cuanto a los derechos del perjudicado o de la Compañía Aseguradora que fue condenada a indemnizar, carece esta última de derecho a reclamar en el juicio civil el reintegro de las cantidades que hubiere satisfecho por cuenta del seguro; y, D) Si se aceptase una posición contraria, se estaría atribuyendo al Tribunal civil funciones revisoras de lo pronunciado por un Tribunal penal, lo que impide, en el fondo, la excepción de cosa juzgada, por ir contra su propia esencia, siendo ésta la razón última para prohibir el nuevo pronunciamiento.

la cuantía alcanzada por los daños, y concretando singularmente en todo caso a los sujetos que resulten civilmente responsables²⁷⁰.

c) *Si la sentencia penal es absolutoria o se dicta auto de sobreseimiento, no puede pronunciarse sobre la responsabilidad civil, quedando abierta la vía civil para su reclamación a través de los arts. 1902 y ss. del CC. No obstante, si la sentencia absolutoria se debe a la inexistencia del hecho causante de la responsabilidad, ni siquiera cabe acudir a la vía civil.*

La sentencia absolutoria recaída en un proceso penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda realizarse en vía civil, salvo cuando se declare que el hecho no existió. En este sentido se pronuncia con claridad la STS (2ª) 10.10.2006 (RJ 2006\7705): *«la sentencia absolutoria recaída en el juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en la vía civil, pudiendo, en consecuencia, los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven, de manera plenamente autónoma, ya que fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió, esto es, salvo el caso de declararse probado que el acto o la omisión no existió objetivamente, los Tribunales de lo civil tienen facultades no solamente para encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar las pruebas obrantes en juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica»*. En definitiva, la sentencia penal absolutoria no tiene efecto de cosa juzgada salvo que se declare que una persona no fue el autor del hecho, o que no existió el hecho del que pudiera nacer la responsabilidad²⁷¹. Como se afirma en reiterada jurisprudencia, «repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones jurídi-

270 Concretamente, en la STC 78/1986, de 13 junio (RTC1986\78), se afirma: «La tutela judicial efectiva supone que los recurrentes han de obtener una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa. Tal decisión fundada en derecho requiere ante todo, que la resolución judicial se infiera de la Ley y explique adecuadamente de qué manera esta inferencia es aplicable al caso concreto respecto del cual se juzga. En este sentido, no es suficiente con que el Juez afirme en términos generales que el responsable de un delito también lo es civilmente, invocando para ello el texto del art. 19 del Código Penal. Por el contrario, es preciso que la Sentencia judicial contenga una determinación del daño causado por el delito, de la misma manera que si la acción civil hubiera sido ejercida en forma independiente de la penal, siendo necesaria además una estimación razonada de la cuantía alcanzada por dichos daños. Es obvio que el criterio del Juez no tiene porqué coincidir con la pretensión del dañado, pero sí es necesario que la eventual discrepancia sea razonada en la Sentencia. Por otra parte, es requisito impuesto por el derecho a la tutela judicial efectiva que la Sentencia determine singularmente los sujetos que resulten civilmente responsables, según la reclamación efectuada por la víctima del daño, decidiendo al tiempo sobre la extensión efectiva de la respectiva responsabilidad, o los motivos para no hacerlo».

271 Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», cit., p. 1123.

cas en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue»²⁷².

Como estaca YZQUIERDO TOLSADA, en el ámbito penal puede ser igual que alguien quede absuelto porque la inexistencia del hecho quedó probada, o porque, habiendo existido el hecho, no se aprecia culpabilidad o los elementos del tipo. Pero sólo en el primer caso, que es al único que se refiere el art. 116 LECrim, queda cerrada la vía civil, mientras que en los demás casos podrá recibir una respuesta diferente en el orden civil sin que ello signifique contradicción con lo declarado en la sentencia penal ni ruptura del principio *non bis in idem*²⁷³. Cabe citar en este sentido la STS (1ª) 30.3.2005 (RJ 2005\2618), en la que se declara que del contenido de la resolución claramente se deduce que la absolución del acusado se fundamentó en la ausencia de dolo penal y no en la inexistencia del hecho, que es el supuesto contemplado en el art. 116 LECrim para que se produzca la exclusión de la acción civil por efecto de la cosa juzgada producida en la jurisdicción penal. Y se insiste en que la sentencia penal no prejuzga la valoración de los hechos que puede hacerse en el proceso civil, ni impide apreciar imprudencia civil: sólo significa que la conducta no es sancionable de acuerdo con la ley penal, pero no que la misma no pueda ser estimada como fuente de responsabilidad por la ley civil, en su caso. Este es también el criterio del TC. Así se destaca, recogiendo la jurisprudencia anterior, en la STC 109/2008, de 22 de septiembre:

«Este Tribunal ya se ha pronunciado con anterioridad sobre la compatibilidad con la Constitución del dictado de resoluciones contradictorias en órdenes jurisdiccionales distintos, diferenciando en función del extremo sobre el que se proyecte la contradicción. Así, conforme a nuestra doctrina, como regla general carece de relevancia constitucional que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones provenientes de órganos judiciales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales *cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues en estos casos los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órde-*

272 Entre otras, vid. STS (1ª) 30 marzo 2005 (RJ 2005\2618); STS (1ª) 24 marzo 2010 (RJ 2010\4346).

273 Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», cit., p. 1124.

nes jurisdiccionales. Ahora bien, no todos los supuestos de eventuales contradicciones entre resoluciones judiciales emanadas de órdenes jurisdiccionales distintos carecen de relevancia constitucional, pues ya desde la STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983, 77), declaramos que “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”, lo que sucede cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (SSTC 30/1996, de 26 de febrero [RTC 1996, 30], F. 5, 50/1996, de 26 de marzo [RTC 1996, 50], F. 3), sino que reside precisamente en que “unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue”, pues ello repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica y vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 62/1984, de 21 de mayo [RTC 1984, 62], F. 5; 158/1985, de 26 de noviembre [RTC 1985, 158], F. 4; 30/1996, de 27 de febrero, F. 5; 50/1996, de 26 de marzo, F. 3; 59/1996, de 15 de abril [RTC 1996, 59], F. 2, y 179/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 179], F. 10)».

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta la posible aplicación del art. 13 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Según dicho precepto, «cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, *se declare la rebeldía del acusado, o recayera sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad*, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, antes de acordar el archivo de la causa, el juez o tribunal que hubiera conocido de ésta *dictará auto, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios* sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria y según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración del anexo de esta Ley». De acuerdo con el art. 517.2.8º LEC, este auto de cuantía máxima tiene la consideración de título ejecutivo. Como destaca REGLERO CAMPOS, debe entenderse que la causa penal no finaliza hasta que se haya dictado el auto ejecutivo. De esta manera, a efectos del cómputo del plazo de prescripción para la acción declarativa que eventual-

mente pueda emprender el perjudicado, la formación del título se desarrolla todavía dentro del proceso penal (entendido en sentido amplio), por lo que el plazo no empezará a correr sino a partir del momento en que se haya formado dicho título o, con mayor corrección, a partir de la notificación del mismo a los interesados²⁷⁴.

d) *Si el perjudicado hizo expresa reserva de la acción civil, y la sentencia penal es absolutoria, aquél puede acudir a los tribunales civiles en función de los arts. 1902 y ss.*

En este caso, mientras está pendiente el proceso penal no puede intentarse la acción civil. Según el art. 111 LECrim, «las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme». Además, como ya he destacado, según el art. 114 LECrim, iniciado el proceso penal, no puede seguirse pleito sobre el mismo hecho (suspendiéndose si se había iniciado en el estado en que se hallare hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal).

El plazo de prescripción para el ejercicio de la acción civil (luego me detendré en este aspecto) comienza a computarse desde el día siguiente a la notificación de la resolución penal, ya se trate de sentencia firme o auto de sobreseimiento. La notificación del auto de sobreseimiento es necesaria incluso aunque los perjudicados no se hayan personado en la causa penal²⁷⁵. Así se reconoce en la STC 89/1999, de 26 de mayo:

«es evidente que si el perjudicado ignora el momento en el que ha finalizado el proceso penal, por no haberse personado en las actuaciones, ese desconocimiento puede suponer que transcurra el plazo de prescripción de un año y, si así ocurre, que se vea privado del acceso a la jurisdicción en el orden civil para la defensa de sus pretensiones y que se extinga, de este modo, su derecho a obtener reparación por el daño sufrido. Lo que no se compeadece con la plena efectividad del derecho

274 Cfr. REGLERO CAMPOS, L.F., *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 815 y ss. Destaca este autor que, aunque la formación del título tiene un tinte marcadamente civil, lo cierto es que se desarrolla ante la jurisdicción penal. Si se entendiera que las diligencias preparatorias del título se inician cuando ya terminó el proceso penal, se podrían provocar situaciones de inseguridad jurídica en la medida en que el perjudicado puede estar esperando durante más de un año la emisión del título, pudiendo quedar afectado por el transcurso del plazo de prescripción de la eventual acción declarativa para pedir el exceso de indemnización no cubierta por el seguro obligatorio.

275 Cfr. ROIG TORRES, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 75.

a la tutela judicial que el art. 24.1 CE reconoce (...). De manera que si el órgano jurisdiccional no notifica el archivo de las actuaciones a la perjudicada, no se le ha dado ocasión para conocer si el proceso penal ha finalizado y comienza a correr el plazo de prescripción para ejercitar la acción civil. Por tanto, subsistiendo la llamada acción civil derivada de delito por no haberse renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose personado éste en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales; pues, en otro caso, la ausencia de esta notificación es susceptible de afectar negativamente, como aquí ha ocurrido, a la efectividad del derecho constitucional de la perjudicada de acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño sufrido».

En el mismo sentido se pronuncia la STS (1ª) 3.10.2006 (RJ 2006\6508), de una manera más determinante: «La presentación y ulterior tramitación de la denuncia produce conforme, al artículo 114 LEC, el efecto de prohibir la iniciación o, en su caso la continuación de un proceso civil que verse sobre el mismo hecho integrante del proceso penal pendiente. Tal prohibición subsiste hasta que no se dicte resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, de archivo, que para que deje expedita la vía civil *debe notificarse al perjudicado, aunque no se encuentre personado en las actuaciones, independientemente de que no se hubiera notificado el “ofrecimiento de acciones”*. *El plazo de prescripción de un derecho a exigir responsabilidad civil no comienza a correr, sino desde que se produzca la expresada notificación*».

1.2. La prescripción de la acción civil derivada del delito

Jurisprudencialmente se considera que la acción civil derivada del delito está sujeta al plazo de prescripción de quince años previsto en el art. 1964 CC, para las acciones personales que no tienen señalado un plazo especial, y que no resulta aplicable el plazo de un año del art. 1968.2 CC, para las acciones nacidas de culpa o negligencia. Un modelo de esta manera de enfocar las cosas por la Sala Segunda es la STS (2ª) 30.4.2007 (RJ 2007\4726), con el siguiente razonamiento: «el art. 1092 CC establece que “las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”. Por ello aunque la acción civil *ex delicto* no pierda su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en el proceso

penal, ejercitada aquella acción en el propio procedimiento penal para el resarcimiento del perjuicio estrictamente derivado del delito objeto de condena, es en el propio procedimiento penal en el que debe procederse a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. En esta línea el Código Penal regula en sus arts. 109 y ss. (art. 19 a 22 y 101 a 111 CP/1973), y la LECrim se refiere al ejercicio de estas acciones en los arts. 100 y ss. En ninguna de estas normas se establece un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción, por lo que será de aplicación el genérico de las acciones personales, 15 años, del art. 1964».

A juicio del TS este plazo de prescripción se aplica cuando existe sentencia penal condenatoria, e igualmente cuando existe declaración de hechos punibles en el proceso penal, de los que puede nacer responsabilidad civil, pero no en aquellos casos en que no llega a recaer sentencia condenatoria por concederse un indulto, por fallecimiento del sujeto, incapacidad sobrevenida, por rebeldía o por prescripción del delito o falta, dictándose auto de sobreseimiento²⁷⁶. Este criterio, recogiendo cada uno de los anteriores supuestos, es también el utilizado por la Sala Primera del TS²⁷⁷. En cambio, cuando la sentencia penal termina con sentencia absolutoria, o con auto de sobreseimiento, por otros motivos distintos de los indicados, se aplica el plazo prescriptivo de un año del art. 1968.2 CC. Así en la STS (1ª) 9.2.1998 (RJ 1998\878), se afirma: «si ejercitada la acción penal termina sin condena (caso presente) y no se declaran inexistentes los hechos (artículo 116 LECrim), queda expedita la vía civil, que en tal caso podrá estar sujeta a la prescripción de un año si la demanda se funda en responsabilidad extracontractual, y tal plazo se computará desde el día en que pudo ejercitarse, que será el siguiente a la firmeza de la resolución que puso fin al proceso, o será el plazo correspondiente a la prescripción del contrato si los hechos se han cometido con ocasión de vínculo obligatorio contraído, y en su cumplimiento se ampara la pretensión»²⁷⁸.

En mi opinión, para el ejercicio de la acción civil separadamente de la penal el plazo de prescripción debería ser el de un año del art. 1968.2

276 Cfr. ARNAIZ SERRANO, *Las partes civiles...*, pp. 152 y ss.; ROIG TORRES, *La responsabilidad...*, pp. 72 y ss.

277 Así, para los casos de indulto, las STS (1ª) 21 marzo 1984 (RJ 1984\1315); STS (1ª) 10 mayo 1993 (RJ 1993\3532). En cuanto a los casos de sobreseimiento por concurrir otros hechos impeditivos, como el fallecimiento del imputado, STS (1ª) 7 diciembre 1989 (RJ 1989\8806).

278 Vid. igualmente la STS (1ª) 18 octubre 1995 (RJ 1995\7544).

CC, siendo indiferente que el resultado del proceso penal haya sido la absolución, el sobreseimiento o la condena. La postura del TS no justifica el dato de que cualquier tipo de extinción de la responsabilidad criminal o de clausura del procedimiento penal produzca una *transformación* de la acción y del tipo de responsabilidad²⁷⁹. La responsabilidad civil derivada del delito debería tener el mismo tratamiento que la responsabilidad civil extracontractual²⁸⁰.

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

2.1. El problema de las jurisdicciones competentes.

A la hora de analizar la responsabilidad en que puede incurrir el personal al servicio de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones, hay varias jurisdicciones que pueden declararse competentes para resolver una demanda de reparación de daños²⁸¹. Si el daño se ha causado de forma dolosa o intencional y está tipificado en el Código Penal, el juez de la jurisdicción penal, que es la única competente para juzgar la existencia de delito o falta, también se encarga de condenar al responsable civil a reparar los perjuicios patrimoniales causados por la comisión del delito o falta. Según el art. 109 CP *«la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados»*. En este mismo sentido, según el art. 100 LECrim, *«de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible»*²⁸². Teniendo en cuenta la condición de funcionario

279 Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cir., p. 273, y *Fundamentos...*, V, cit., p. 239.

280 Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», cit., pp. 1104 y ss.; LLAMAS POMBO, Comentario al art. 1092 CC», cit., p. 1191.

En realidad, como destaca YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», cit., p. 1105, el TS cambia su propio criterio en función de la justicia del caso concreto. Así, cuando conviene a los intereses del perjudicado (v.gr. para poder condenar a los padres del delincuente menor de edad), se defiende que la responsabilidad civil pura y la derivada del delito son lo mismo, y que se produce un concurso de normas para aplicar indistintamente la del CC o las del CP (*iura novit curia*). En cambio, si conviene a la víctima, se aplica la tesis contraria: que se trata de obligaciones civiles de distinta naturaleza y fundamento, y que lo que se produce es un concurso de pretensiones sin posible aplicación del principio *iura novit curia*, con lo que se consigue escapar del breve plazo del art. 1968.2 CC.

281 Cfr. GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», en *Indret*, 2/2001 (accesible en www.Indret.com), pp. 1 y ss.

282 Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997; pp. 17 y ss.; «Alcance real de la competencia del juez penal para conocer de cuestiones civiles: responsabili-

de quien comete un delito o falta debe tenerse presente lo establecido en el art. 146 LRJAP, «*la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente*». La cuestión, por las peculiaridades que plantea, será objeto de análisis más adelante; aunque lo que ahora pretendo destacar es únicamente la competencia de la jurisdicción penal en este punto²⁸³.

Aparte de lo anterior, cuando el hecho dañoso no está tipificado como delito o falta en el Código Penal, la decisión sobre la jurisdicción competente depende de si la actividad en cuyo desarrollo se ha producido el daño está sometida a las reglas del Derecho público o del Derecho privado. De entrada, si el causante del daño es un particular, es competente la jurisdicción civil, como reconoce el art. 22 de la LOPJ. Por el contrario, si es un funcionario o un agente al servicio de la Administración Pública, y el daño es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, la competencia es de la jurisdicción contencioso-administrativa. La cuestión era ya así en el texto original del art. 9.4 de la LOPJ, y del art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero para mayor claridad, dado que la Sala Civil del TS seguía declarándose competente en ambos casos, a través de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, se procedió a modificar los dos preceptos. Así el art. 9.4 de la LOPJ reserva a los jueces y tribunales de lo contencioso «*las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera*

dad civil y más cosas. En particular, la tutela civil del crédito en el proceso penal», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 607 y ss.; y ampliamente en «La responsabilidad civil en el proceso penal», cit., pp. 1067 y ss. Vid. además PICÓ I JUNOY, J., Tratamiento procesal de la responsabilidad civil en los nuevos procesos penales», *Práctica Derecho de Daños*, núm. 5, 2003, pp. 5 y ss.

283 Tales particularidades se derivan del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. Nótese que cuando el delito ha sido cometido por un particular, el perjudicado puede reservarse el ejercicio de su pretensión civil para demandar al causante del daño ante la jurisdicción civil, una vez finalizado el proceso penal. Así se desprende el art. 112 LECrim, cuando señala que «*ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar*». A ello añade el art. 114 LECrim que «*promovido juicio criminal en averiguación de delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndose, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal. No será necesario para el ejercicio de una acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito o falta*». Cuando quien ha cometido el delito es un funcionario, a efectos de reclamar los daños patrimoniales provocados por aquél, las cosas funcionan de distinta manera.

que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva». El precepto es claro, pero a mayor abundamiento, según el art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».

Como criterio residual, y a modo de pieza de cierre, el art. 9.2 de la LOPJ atribuye a la jurisdicción civil «además de las materias que le son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional». La Sala Civil del TS ha utilizado asiduamente este argumento de la *vis atractiva* que le reconoce el art. 9.2 de la LOPJ en defensa de su propia competencia en materia de responsabilidad, utilizando para ello diferentes argumentos, entre otros, una interpretación restrictiva de lo que deba entenderse por funcionamiento de los servicios públicos; la declaración de la propia competencia en aquellos casos en que, junto a una Administración pública, también es demandado un particular; y sobre todo un argumento de equidad basado en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), entrando en el fondo del asunto para evitar lo que denomina «un lamentable peregrinaje de jurisdicciones». Como se afirma en la STS (1ª) 30.1.2004 (RJ 2004\439), se trata con ello de evitar que «el conocimiento del asunto que ha llegado a la última instancia, se atribuya a otro orden jurisdiccional, con todas las graves consecuencias que provoca en el perjudicado, una de las cuales sería el quebrantamiento del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas, que proclama el art. 24.2 CE».

Con independencia de la valoración que merezca este planteamiento, debe ponerse de relieve que este problema ya no es sólo de jurisdicción competente, sino también de normativa aplicable pues, dependiendo de los casos, el régimen jurídico que se va a tomar en consideración en cuanto a

la reparación del daño es también diferente. La jurisdicción civil decide con base en un principio general de responsabilidad por culpa o negligencia (art. 1902 CC). En cambio, la jurisdicción contencioso-administrativa decide con arreglo a criterios de responsabilidad objetiva y directa de la Administración pública, que va a responder por todos los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Así se desprende de los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992. Como acabo de destacar, actualmente la jurisdicción contencioso-administrativa es competente en todos los casos en que resulte demandada una Administración Pública, ya sea de forma exclusiva, o junto con uno o más particulares.

2.2. Responsabilidad directa y objetiva de la Administración Pública y responsabilidad disciplinaria del funcionario.

Para afrontar el tratamiento de la responsabilidad por daños causados en el seno de la Administración Pública, debe tenerse presente lo establecido en art. 106 CE: *«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»*. Se reconoce, pues, el derecho de usuarios de los servicios públicos a ser a ser indemnizados por los daños que sufran; pero a la hora de determinar quién debe indemnizar y en qué términos o circunstancias, nuestra Carta Magna se remite a la ley ordinaria. En este sentido el art. 139 de la Ley 30/1992 dispone: *«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»*. De este precepto se desprende con claridad que la obligación de indemnizar corresponde a la Administración Pública, y que se consideran indemnizables todos los daños derivados del funcionamiento del servicio público, sin distinguir entre funcionamiento normal o anormal del servicio correspondiente²⁸⁴. A estos

284 Como se afirma en la STS (3ª) 20 octubre 1997 (RJ 1997\7254): «no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que *ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala*, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos».

efectos se entiende por servicio público «toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso, con la omisión o pasividad, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado»²⁸⁵.

Así pues, estamos ante una responsabilidad *objetiva*, en la que se prescinde de toda idea de ilicitud o culpa, extendiéndose la obligación de indemnizar incluso a los casos en que no haya existido un funcionamiento defectuoso del servicio público correspondiente²⁸⁶. En tales circunstancias tampoco cabe distinguir entre actuación de la Administración en una relación de Derecho Público o de Derecho Privado, dado que el art. 144 de la Ley 30/1992 determina claramente: «Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 139 y siguientes de esta Ley». Cabe afirmar también que la responsabilidad de la Administración, además de objetiva, es una responsabilidad *directa*: frente al administrado responde la Administración correspondiente y no el funcionario que haya provocado el daño, pues dicho funcionario cuando ejerce su cargo no está actuando intereses propios, sino los intereses generales a los que sirve la Administración.

Ello hace que no sean aplicables a este tipo de responsabilidad los preceptos del CC que se refieren a una responsabilidad de carácter subjetivo. Según se destaca en la STS (3ª) 22.9.2010 *RJ* 2010\6715, «como tiene de-

285 En este sentido la STS (3ª), 22 noviembre 1991 (*RJ* 1991\8844); STS (3ª) 15 febrero 1994 (*RJ* 1994\890); STS (3ª) 20 octubre 1997 (*RJ* 1997\7254); STS (3ª) 5 noviembre 1997 (*RJ* 1997\8298); STS (3ª) 23 diciembre 1998 (*RJ* 1998\10381).

286 Cfr. LÓPEZ MENUDO, F. – GUICHOT REINA, E. – CARRILLO DONAIRE, J.A., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 29 y ss. Como destacan estos autores, el que para deducir responsabilidad de una acción u omisión administrativa sea indiferente el dato de si la Administración obró o no anormalmente (“culpablemente”) transforma radicalmente la significación de la antijuridicidad que ha de concurrir como premisa para que el daño sea indemnizable. Así pues, no se trata de una antijuridicidad subjetiva, es decir, la expresión de una conducta ilícita (y por tanto “anormal”) de la Administración a la que se impute la producción del efecto lesivo, sino de una antijuridicidad objetiva en el sentido de que el sujeto que sufre el daño no está obligado por el Derecho a soportarlo, abstracción hecha de si la Administración actuó anormalmente o no. El carácter objetivo del sistema presupone, por tanto, que la antijuridicidad no descansa en la actuación ilícita del agente, sino en la injusticia que comporta la lesión para quien la sufre. Eso es lo que quiere decir el art. 141.1 LRJAP: «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

clarado esta Sala de modo reiterado la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es una responsabilidad objetiva que deriva del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y, en consecuencia, no son de aplicación para que la misma se declare los preceptos del CC que en los motivos se citan como infringidos, artículos 1.902, 1903 y 1.101 de ese cuerpo legal». Dentro de esos antecedentes que se citan, destaca la STS (3ª) 4.7.2004 (RJ 2004\4850), en un recurso de casación para la unificación de doctrina, donde se afirma: existe una «diferencia que es sustancial pues de ella deriva nada menos que la aplicación de un régimen jurídico totalmente diferente: el de los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, que configuran la eventual responsabilidad de la Administración pública como una responsabilidad objetiva (es decir, una responsabilidad en que no es necesario que haya mediado culpa o negligencia), en el caso de la sentencia impugnada; y el del art. 1902 CC que regula una responsabilidad de carácter subjetivo, en la que hay que probar que medió culpa (o, en su caso, dolo) para acreditar derecho a la indemnización reclamada»²⁸⁷.

La referencia al *funcionamiento* de los servicios públicos alude a todo hacer o actuar de la Administración como acto de gestión pública, por lo que no se precisa ilicitud, dolo, culpa o negligencia, sino que basta con probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre el mismo²⁸⁸. Sólo se excluye la responsabilidad directa de la Administración cuando

287 A lo anterior cabe añadir el contenido de la STS (3ª) 7 septiembre 2005 (RJ 2005\8846), en la que se destaca que «evidentemente ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo no cabe oponer en casación infracción de jurisprudencia emanada de otra Sala, máxime cuando la misma se funda en la responsabilidad extracontractual regulada en el art. 1902 CC, mientras que en el ámbito jurisdiccional contencioso administrativo la norma aplicable viene constituida por lo dispuesto en los art. 139 y ss. de la Ley 30/1992». Vid. TORRES GARCÍA, T.F., «Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria», en GÓMEZ Y DÍAZ CASTROVERDE, J.M. - SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.), y JUANE SÁNCHEZ, M. (Coord.), *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999, pp. 569 y ss., y «La asistencia sanitaria en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración», en BELLO JANEIRO, D. (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (BELLO JANEIRO, D., dir.), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999, pp. 189 y ss.

288 Cfr. FERNÁNDEZ VALVERDE, R., «Alcance de la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas», en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.), *Derecho de Daños*, Sepin, Madrid, 2011, p. 622.

No obstante, en los caso de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario, como destaca la STS (3ª) 24 enero 2011 (RJ 2011\892): «basta la existencia de un daño antijurídico e individualizado para que, de existir nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado producido, opere el citado instituto jurídico».

Desde la STS (3ª) 12 junio 2003 (RJ 2003\8844), esta idea se viene reiterando en la jurisprudencia posterior. Vid., entre otras muchas, la STS (3ª) 14 enero 2011 (RJ 2011\77); STS (3ª) 18 enero 2011 (RJ 2011\803); STS (3ª) 18 enero 2011 (RJ 2011\804); STS (3ª) 18 enero 2011 (RJ 2011\805); STS (3ª) 18 enero 2011 (RJ 2011\806); STS (3ª) 18 enero 2011 (RJ 2011\807).

el daño proceda de fuerza mayor (art. 139.1 de la Ley 30/1992), pero no cuando pudo y debió ser previsto. Por otro lado, según el art. 139.2 de la Ley 30/1992, el daño «habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas». Este daño, además, debe ser antijurídico en el sentido a que se refiere el art. 141.1 de la Ley 30/1992, que sólo prevé la indemnización de las «lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar»²⁸⁹

Aparte de lo anterior, el funcionario puede incurrir en responsabilidad disciplinaria, pero la misma no puede ser exigida por los ciudadanos, ni siquiera cuando hayan sido directamente afectados en sus bienes y derechos por la actuación dañosa. Del art. 27 del RD 33/1986, de 10 enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, se desprende de manera clara esta falta de interés de los administrados cuando dice que «*el procedimiento se iniciará siempre de oficio*» aplicándose los principios recogidos en el art. 94 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Considera reiteradamente la jurisprudencia que el hecho de que en el procedimiento administrativo sancionador se imponga o no algún tipo de sanción, es algo que sólo compete a la Administración competente y al infractor, sin que el ciudadano perjudicado pueda intervenir en el procedimiento sancionador. Como se afirma la STS (3^a) 12.3.1991 (RJ 1991\6306), «*quien denuncia una determinada conducta carece en principio de interés personal para depurar la responsabilidad disciplinaria del denunciado. La protección y el amparo de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos que pudieren haber resultado lesionados por la actuación constitutiva, en su caso, de infracción y, por ello, merecedora de una sanción, tienen otras vías abiertas en nuestro ordenamiento jurídico, como puede ser, entre ellas, la exigencia de la responsabilidad civil de la Administración o del funcionario con la correlativa indemnización, para lo cual sí estaría legitimado el perjudicado. El denunciante es aquí un tercero simple, carece por tanto de la cualidad de parte legítima y, en consecuencia, resulta inviable procesalmente su pretensión de impugnar el*

289 A ello se añade: «No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos»

archivo del expediente y los acuerdos que traen causa de tal decisión»²⁹⁰. Abundando en esta idea, en la STS (3ª) 26.10.2000 (RJ 2000\8582) se afirma: «tanto en materia general sancionadora como en la especial disciplinaria, la condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada, toda vez que, aun cuando aquél pueda tener reconocida cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoque, no por ello se constituye en parte, de modo que no tiene en el desarrollo ulterior de aquél facultad alguna de iniciativa procesal, ni por tanto legitimación para crear la obligación del órgano sancionador de investigar la concreta situación del hecho denunciado».

En cambio, cuestión diferente es que la Administración, una vez que hace frente a la indemnización correspondiente al perjudicado, pueda o deba ejercitar la denominada *acción de regreso* frente al funcionario causante del daño. Los arts. 42 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 permitían al ciudadano optar entre dirigir su acción frente a la Administración, frente al funcionario o frente a ambos; y la responsabilidad directa de la Administración venía complementada por el reconocimiento de una acción de regreso, ejercitada por el cauce del procedimiento administrativo, para los casos en los que se apreciara culpa o negligencia grave de la autoridad o funcionario. La Ley 30/1992 en su redacción originaria acogió este sistema con algunas variaciones: mantuvo la *acción directa* del perjudicado frente a la Administración (art. 145.1); conservó la *acción de regreso* de la Administración frente al funcionario, con carácter potestativo («podrá exigir»), canalizándola por la vía del expediente administrativo (art. 145.2); y de una manera poco clara mantuvo también la acción directa del perjudicado frente al funcionario en el confuso art. 146 que, bajo la rúbrica «Responsabilidad civil y penal» establecía: «la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

Con la nueva redacción de los arts. 145 y 146 de la LRJAP, efectuada por Ley 4/1999, de 13 de enero, se clarifica la cuestión. Por un lado, se mantiene como directa la responsabilidad de la Administración frente

²⁹⁰ En idéntico sentido la STS (3ª) 13 marzo 1991 (RJ 1991\1762); STS (3ª) 15 marzo 1991 (RJ 1991\2489). Vid. igualmente la STS (3ª) 19 mayo 1997 (RJ 1997\3962); STS (3ª) 19 noviembre 1999 (RJ 2000\2836); STS (3ª) 8 abril 2003 (RJ 2003\3685).

al perjudicado (art. 145.1); pero se refuerza la acción de regreso en el art. 145.2, sustituyéndose la expresión «*podrá exigir*», por la de «*exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves*», que se sigue encauzando por la vía del expediente administrativo. No obstante, desaparece la acción directa del perjudicado frente al funcionario: en el art. 146 se suprime de su rúbrica y de su apartado 1º toda referencia a la responsabilidad civil de autoridades y funcionarios; y tampoco se le permite al particular ninguna intervención, fuera de la denuncia, en el posible ejercicio de la acción de regreso, que se configura como un procedimiento de oficio²⁹¹. Conclusión necesaria de todo lo anterior es que en la actualidad la responsabilidad de la Administración, además de directa y objetiva, pasa a ser ahora *exclusiva*, al suprimirse la acción directa del perjudicado frente a la autoridad o funcionario, pues la posible responsabilidad patrimonial del funcionario, exigible por la vía de la acción de regreso, se configura como una cuestión interna entre la Administración y el empleado público²⁹². En definitiva, frente a los daños que se puedan ocasionar por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sólo cabe reclamar frente a la Administración correspondiente en la jurisdicción contencioso administrativa, siendo la responsabilidad directa y objetiva.

291 Antes de la reforma operada en la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, algunos autores consideraban que el artículo 145 LRJAP sólo contemplaba la responsabilidad de la Administración, mientras que la remisión del artículo 146 a «lo previsto en la legislación correspondiente», en materia de responsabilidad civil podía servir para exigir responsabilidad personal al funcionario, aunque no había acuerdo a la hora de fijar exactamente cuál era esa legislación. En su caso, de admitirse esta posibilidad, la responsabilidad civil del funcionario ya no estaría limitada como antes a los supuestos de negligencia o culpa *graves*, ya que el artículo 43 LRJAE de 1957, que era donde se había establecido esta limitación, se había derogado expresamente por la Ley 30/1992. En dicho precepto, sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración, se posibilitaba al demandado dirigirse personalmente contra el funcionario responsable, aunque sólo si había mediado culpa o negligencia grave. La derogación de este precepto, y la ausencia de otro similar en la Ley 30/1992, suscitaba, por tanto la duda de si era posible demandar sólo al funcionario responsable. Como afirmaba MARTÍN REBOLLO, «Nota» al artículo 145 de la Ley 30/1992, en *Leyes Administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 474, una eventual respuesta positiva aumentaría la responsabilidad del funcionario, que ya no respondería sólo por culpa o negligencia «graves», sino también por culpa o negligencia leves en los términos del artículo 1902 CC. Por ello, de haberse admitido la posibilidad de que el perjudicado se dirigiera civilmente contra el funcionario, resultaría que éste respondía más intensamente frente al dañado que frente a la Administración en vía de regreso, porque en esta vía, según el artículo 145.2, era condición de ejercicio la existencia de dolo, culpa o negligencia grave del funcionario.

292 Cfr. DIEZ SÁNCHEZ, J.J., «Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 220 y ss.; HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J., «La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *InDret*, 4-2004, pp. 14 y ss.

2.3. La acción de regreso frente al funcionario que hubiere incurrido en dolo o culpa graves.

A pesar las anteriores afirmaciones, existen dos supuestos especiales en que la Administración puede dirigirse contra la autoridad o funcionario para la exigencia de responsabilidad patrimonial. El primer supuesto es el del funcionario que ha causado daños directamente a la propia Administración. En segundo lugar se englobaría todos aquellos supuestos en que la Administración ha debido indemnizar al perjudicado por la actuación del funcionario. El primer caso no plantea ninguna especialidad respecto a los supuestos en que cualquier funcionario causa daños a la Administración. En el segundo caso es cuando puede aparecer en escena la denominada vía de regreso. La acción de regreso se contempla en el art. 145.2 de la Ley 30/1992: «*La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca*». Como acabo de destacar, la innovación más importante de la Ley 4/1999 en cuanto a la acción de regreso es la sustitución de la expresión «*podrá exigir*» por la de «*exigirá de oficio*» (se excluye, por tanto, la discrecionalidad administrativa en este punto). En este sentido, en cuanto a la acción de regreso, el ciudadano no puede tener otra intervención que la de mero denunciante²⁹³.

Dicha acción de regreso presupone, en primer lugar, la existencia de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, en el que se habrá establecido la obligación de la Administración correspondiente de indemnizar al perjudicado por los daños causados. El que el procedimiento sea administrativo o jurisdiccional dependerá de que la Administración haya reconocido la pretensión indemnizatoria en vía administrativa o de que se haya seguido un proceso judicial en el que haya sido condenada. Aparte de lo anterior, para utilizar la vía de regreso, es preciso que se haya procedido al pago de la correspondiente indemnización al tercero perjudicado, pues el art. 145.2 de la Ley 30/1992 se refiere a la Administración correspondiente,

²⁹³ Cfr. pormenorizadamente, PEÑA LÓPEZ, F., «La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 30, 2005, pp. 5 y ss.

«cuando hubiere indemnizado a los lesionados (...)».

Es el caso de que la Administración tenga concertado un seguro para cubrir este tipo de daños, si la compañía aseguradora ha indemnizado al tercero, no hay acción de regreso. El art. 145.2 exige que haya sido la propia Administración la que haya indemnizado al tercero, y además lo impide el art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (*«el asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la ley»*)²⁹⁴. En definitiva, la única reacción posible de la Administración frente al funcionario es de tipo disciplinario, si es que ha lugar a ello.

Por otro lado, la acción de regreso debe ejercitarse en procedimiento administrativo (*«previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca»*, dice el art. 145.2 de la Ley 30/1992). El mismo viene regulado en el art. 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. El objeto de este procedimiento es determinar la existencia o no de responsabilidad del titular del órgano, de manera que existirá esta responsabilidad cuando quepa apreciar dolo o negligencia grave. De acuerdo con el art. 145.2 de la Ley 30/1992, *«para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso»*. Como se puede ver, de las circunstancias que se valoran, unas afectan a la persona (intención y cualificación profesional), otras al resultado producido, y otras a la relación de causalidad entre la conducta del profesional y el daño producido. Estos criterios, y otros a los que se remite el citado art. 145.2, deben tenerse en cuenta para determinar si la responsabilidad es o no exigible, y para fijar la cuantía concreta de la indemnización que se reclame. Según el art. 145.4 de la Ley 30/1992, la resolución declaratoria de responsabilidad pone fin a la vía administrativa.

Todo lo anterior no implica que el procedimiento administrativo de re-

294 Vid. no obstante las apreciaciones de PEÑA LÓPEZ, «La vía de regreso...», cit., pp. 24 y ss., y más ampliamente en *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, 435 y ss.

greso deba iniciarse automáticamente, siempre y en todos los casos en que la Administración haya indemnizado a un tercero lesionado. Y ello porque resulta aplicable lo dispuesto en el art. 69.2 de la Ley 30/1992: «*Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento*». Este trámite no sólo es posible, sino que parece incluso aconsejable, pues puede servir para determinar la existencia o no de indicios de responsabilidad, y con ello la oportunidad de la iniciación o no del procedimiento administrativo de responsabilidad²⁹⁵.

2.4. Posibilidad de que la Administración pública tenga concertado un seguro: la acción directa frente a la compañía aseguradora.

Tras las anteriores consideraciones debe ponerse de relieve que los únicos problemas pueden plantearse en el caso de que la Administración tenga contratado un seguro. Esta posibilidad venía reconocida por los arts. 5, 9 y 206.6.a) del Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado; así como por el art. 3 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas²⁹⁶. En la actualidad hay que estar al régimen previsto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (arts. 20, 96 y 97).

En general, en las reclamaciones frente a las Administraciones Públicas no se tiene en cuenta la existencia del seguro y no suele demandarse conjuntamente a la compañía aseguradora y a la Administración, ni tampoco se ejerce la acción directa contra la aseguradora. Al no hacerse así, como se ha destacado, el perjudicado se encuentra con que, por un lado, no puede solicitar los elevados intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro; y además, no obtiene la correspondiente indemnización con inme-

295 En este sentido HERRERO DE EGAÑA, «La responsabilidad patrimonial...», cit., pp. 20 y ss., a quien he seguido en esta parte de la exposición.

296 Cfr. BUSTO LAGO, J.M., «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, III. Parte especial segunda, 4ªed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 972 y ss. Vid. además, ROMERO REY, C., «Cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; evolución legislativa y nuevos escenarios de conflicto», *Justicia Administrativa*, núm. 22, 2004, pp. 19 y ss, y pp. 44 y ss.

diatez. Precisamente la gran ventaja social del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la posibilidad de ejercicio de la acción directa. Y ello, porque el propio fundamento de la acción directa es el de favorecer el derecho del perjudicado a obtener una indemnización rápida y evitar que éste deba acudir al causante del daño y seguir un procedimiento administrativo, teniendo en cuenta que también se abaratan los costes de gestión de la tramitación de siniestros si la responsabilidad de la Administración se instrumenta a través de una póliza de seguro²⁹⁷.

Lo que ocurre en la práctica es que los abogados no suelen arriesgarse a que se declare la incompetencia de jurisdicción para conocer el asunto, y soportar las costas procesales que existen tanto en el proceso civil (arts. 394 a 396 LEC) como en el proceso contencioso-administrativo (art. 139 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). El problema del ejercicio de la acción directa frente a la compañía aseguradora siempre ha sido si se debe ejercitar ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción contencioso-administrativa²⁹⁸. No obstante, en la actualidad parece clara la competencia de esta última: el art. 21.1.c) de la Ley 29/1998, al regular la legitimación pasiva, considera parte demandada a «*las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren*». Lo mismo se contempla en el art. 9.4 LOPJ cuando enumera las pretensiones de que debe conocer orden contencioso-administrativo: «*Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva*».

Parece, no obstante, que el legislador sólo ha pensado en que las compañías aseguradoras van a ser siempre parte codemandada junto con la Administración a la que aseguren. Si sólo se ejercita la acción directa frente a la aseguradora, sin demandar a la vez a la Administración causante del daño, parece que lo procedente sería acudir al orden civil, ya que en eso consiste, precisamente, la acción directa: en que no exige litisconsorcio pa-

297 Cfr., aunque referido a la responsabilidad sanitaria, ARQUILLO COLET, B., «Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria», Working Paper núm. 181, *InDret*, 1-2004, pp. 1 y ss.; y GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y Derecho de Daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 263 y ss.

298 Vid. las consideraciones GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública», *InDret*, 3-2001, pp. 1 y ss.; y BUSTO LAGO, «La responsabilidad...», cit., pp. 986 y ss.

sivo alguno, pues se articula sobre una solidaridad impropia, ciertamente peculiar, que consiente la vida autónoma de cada acción procesal. Es más, de ejercerse la acción directa ante el orden contencioso-administrativo sin codemandar a la Administración, el pronunciamiento judicial habría de ser necesariamente la inadmisión de la demanda por defecto de jurisdicción²⁹⁹. La cuestión se planteó ante la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, resolviéndose a través de Auto 18.10.2004 en el que se afirma lo siguiente:

«El conflicto negativo de competencia planteado debe resolverse en favor del orden jurisdiccional civil porque se ejercita una acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, Ley 50 de 1980, de 8 de octubre, sin que obste que la entidad asegurada a la que se considera responsable por culpa extracontractual del accidente lesivo que, junto con el contrato de seguro, genera la pretensión entablada, sea un Ayuntamiento, porque al tiempo de presentarse la demanda, que determina la fijación de la competencia en virtud del principio *perpetuatio iurisdictionis*, y con arreglo al artículo 9.4, párrafo segundo, LOPJ, redactado por la Ley 6/1.998, de 13 de julio, sólo se atribuye la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando se demande a una Administración Pública para exigirle la correspondiente responsabilidad patrimonial, bien sola, o bien conjuntamente con un sujeto privado que hubiera concurrido a la producción del daño, y en el caso no se formula demanda contra la Administración Pública sino únicamente contra una Compañía de Seguros. La solución expuesta es la que viene adoptando esta Sala con carácter uniforme para los supuestos similares de ejercicio de la acción del artículo 76 LCS (Autos de 28 de junio de 2.004, núm. 53 y 54 de 2.004); e incluso cabe resaltar que la reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ –no aplicable al caso por razones de derecho intertemporal–, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad

299 Cfr. BUSTO LAGO, J.M., «La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de acciones de responsabilidad civil frente a una Administración Pública en el caso de existencia de seguro de responsabilidad civil», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 21, 2004, pp. 5 y ss., y «La responsabilidad...», cit., pp. 1001 y ss.; GAMERO CASADO, E., «Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas», *La Ley*, 3/2004, pp. 1934 y ss.; LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «La acción directa contra la aseguradora de la Administración», *Revista de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 14, 2005, pp. 26 y ss.

cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella “Junto a la Administración respectiva”, lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros»³⁰⁰.

Parece, por tanto, que la reforma operada por la LO 19/2003 no ha alcanzado a cerrar las vías para que la jurisdicción civil resulte competente para enjuiciar supuestos de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas. En este sentido, como ha defendido acertadamente BUSTO LAGO, la única posibilidad de cerrar esta brecha pasa por afrontar la regulación del contrato de seguro con las necesarias adaptaciones que requiere el caso del asegurado que tenga naturaleza de Administración Pública y, en caso de que se estimara adecuado, suprimir la posibilidad de ejercicio de la acción directa exclusivamente frente al asegurador en estos supuestos, lo que supondría la supresión de un derecho autónomo que, con carácter general, está en manos del perjudicado cuando el agente del daño tiene asegurada su responsabilidad civil³⁰¹.

2.5. Posible responsabilidad penal del funcionario: problemática de la responsabilidad civil derivada del delito en estos casos.

Teniendo en cuenta la posible responsabilidad penal en que pueden incurrir los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas³⁰², cabe establecer algunas matizaciones en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito y la responsabilidad patrimonial de la Administración. Según el art. 146 Ley 30/1992, «*la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente*». Existe, pues, una clara remisión en este punto

300 ATS de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 18 de octubre de 2004 (*JUR* 2005\231280). En el mismo sentido, con anterioridad, el ATS de la Sala Especial de Competencia de 28 junio 2004 (*JUR* 2005\135730). Vid. además, las STS (1ª) 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007\4973); STS (1ª) 21 mayo 2008 (*RJ* 2008\4149).

301 Cfr. BUSTO LAGO, «La competencia...», cit., p. 19; y más ampliamente en «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», cit., pp. 986 y ss. En opinión de JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N., *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 122, de *lege ferenda* se debería atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de la acción directa ejercitada contra la compañía aseguradora.

302 De acuerdo con el art. 24.2 CP, «se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

a la legislación que corresponda sobre la materia, lo cual puede resultar aparentemente beneficioso para los administrados, dado que el perjudicado puede acudir al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial aunque no haya terminado el proceso penal³⁰³. Así se desprende del art. 146.2 Ley 30/1992 («*la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial*»); y del art. 121 CP («*sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo*»³⁰⁴) Esto puede considerarse en principio como una ventaja si se tiene en cuenta que, con carácter general, el perjudicado por un delito no puede ejercer separadamente la acción civil sin esperar a que finalice el proceso penal (art. 111 LECrim).

Sin embargo, lo cierto es que en la práctica se está invitando al particular a no ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial contra el funcionario en el proceso penal, sugiriéndole más bien que ésta se reclame en vía administrativa y sólo frente a la Administración. El perjudicado que pretenda reclamar al funcionario una responsabilidad patrimonial en el proceso penal, debe demandar también necesariamente a la Administración Pública (art. 121 Código Penal: «*la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario*»). Pero una vez demandada la Administración en vía penal, su responsabilidad deja de ser directa (como ocurre de seguirse la vía administrativa), y pasa a ser subsidiaria. Ello no deja de ser un contrasentido, teniendo en cuenta que, por la gravedad de la conducta, la responsabilidad

303 Sigo en este punto a HERRERO DE EGAÑA, «La responsabilidad patrimonial...», cit., pp. 18 y ss.

304 Según el art. 121 del Código Penal [Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por funcionamiento de servicios públicos] «El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, *responden subsidiariamente* de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, *la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario*».

de la Administración debería ser mayor en este caso.

Con ello parece que se está disuadiendo al perjudicado de ejercer la pretensión de responsabilidad patrimonial contra el funcionario en el proceso penal, facilitándole el camino hacia su ejercicio exclusivo frente a la Administración Pública. En caso contrario, el perjudicado puede encontrarse, además de las dificultades de todo proceso penal, con la transformación de la responsabilidad de la Administración, que ya no será directa sino subsidiaria. En este caso, la obtención de la indemnización pasa por la condena penal y el agotamiento de los bienes del funcionario. Como se ha destacado, «con esta regulación legal se consigue la eliminación de presiones que pueden llegar a incidir en la libertad de acción del funcionario, temeroso de verse respondiendo personalmente del funcionamiento del aparato administrativo del que no es sino una parte más. El riesgo de que ello pueda suponer un incentivo de la falta de diligencia se ve compensado con la existencia de la acción de regreso que la Administración debe utilizar en tales casos»³⁰⁵.

La cuestión era todavía mas clara en la redacción original del art. 146 de la Ley 30/1992, cuando establecía que el ejercicio de la acción en el proceso penal «no interrumpía» el plazo para iniciar los procedimientos administrativos de reclamación de responsabilidad patrimonial, expresión hoy suprimida con la reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de enero. Señala ahora el vigente art. 146.2 de la Ley 30/1992 que «*la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial*». Conviene tener esto presente en aquellos casos en que la acción penal se ejercite frente a quienes hayan cometido un delito, y se pretenda también reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Además, debe tenerse en cuenta que, según el art. 142.5 de la Ley 30/1992, «el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o

305 Cfr. HERRERO DE EGAÑA, «La responsabilidad patrimonial...», cit., p. 20. No obstante, como el propio autor reconoce, es inevitable pensar que la supresión de esa acción directa y la imposibilidad de intervenir en la acción de regreso no sólo supone una disminución de garantías del ciudadano sino que convierte en una proclamación vacía de contenido la recogida en el art. 35. j) de la Ley 30/1992 conforme al cual entre los derechos de los ciudadanos se comprende el de «exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente».

el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo». En este sentido, considero que, si no se ha interpuesto dentro de plazo la correspondiente acción de responsabilidad extracontractual frente a la Administración, el ejercicio de la acción penal no permite reabrir el plazo para el ejercicio de aquella acción si ésta ya ha prescrito en la fecha en la que se inician las acciones penales³⁰⁶. Cuestión distinta es admitir o no que, si la acción penal se ejercita dentro del año siguiente al momento en que se produjo el hecho que motiva la pretensión resarcitoria contra la Administración, queda interrumpida la prescripción de ésta última acción. La redacción del art. 146.2 de la Ley 30/1992 parece dar a entender que la prescripción de ambas acciones es independiente, salvo cuando en el proceso penal se exija conjuntamente la correspondiente responsabilidad patrimonial a la Administración (en cuyo caso, recuérdese, según el art. 121 del Código Penal, la pretensión debe dirigirse simultáneamente contra la Administración)³⁰⁷.

3. ACCIONES DERIVADAS DE DAÑOS CONSECUENCIA DE ACCIDENTES LABORALES

3.1. Las razones para atribuir la competencia al orden jurisdiccional civil.

Tradicionalmente la Sala Civil del TS venía declarando la competencia del orden jurisdiccional civil para atender de las acciones en que se

306 En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 166 y ss.

Diferente es la opinión, que no comparto, de BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», cit., pp. 1060 y ss. Según este autor, en el caso de que el daño cuyo resarcimiento se pretende esté ligado a la comisión de un ilícito penal, mientras éste no prescribe, tampoco prescribe la acción de responsabilidad civil, de manera que la vía penal puede servir para intentar obtener una indemnización en aquellos casos en los que ya haya transcurrido el plazo de un año que recoge el art. 142.5 LRJAP. En cualquier caso, el citado autor es consciente del inconveniente de esta manera de enfocar las cosas, ya que si el procedimiento penal iniciado termina con el sobreseimiento o la absolución del sujeto al servicio de la Administración inculgado, no podrá considerarse iniciado un nuevo plazo anual.

307 Cfr. ROCA GUILLAMÓN, J., «La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 489 y ss., y «Comentario al art. 121», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, IV (arts. 95 a 137), Edersa, Madrid, 2000, pp. 864 y ss.; BUSTO LAGO, «La responsabilidad...», cit., p. 1827.

En contra, para GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración?: Sobre el alcance del artículo 146.2 de la Ley 30/1992», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, pp. 265 y ss., la incoación del proceso penal interrumpe también la prescripción de la acción directa frente a la Administración.

solicitaban daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo, incluso cuando se reclamaban tales daños por los trabajadores frente a los empresarios. Se consideraba que la responsabilidad civil del empresario por accidente de trabajo tenía una clara naturaleza extracontractual por cuanto nos encontrábamos ante un hecho ajeno a la relación laboral. Generalmente se utilizaba como argumento que se traba de sucesos que se encontraban «fuera de la rigurosa órbita de lo pactado» en el contrato de trabajo³⁰⁸.

Así en el caso resuelto por la STS (1^a) 5.1.1982 (RJ 1982\182) se había denunciado violación de los arts. 1101 y 1092 CC por considerar que al haber ocurrido el evento dañoso durante el trabajo de la víctima, ejecutado como consecuencia de un contrato laboral, la responsabilidad procedía de un incumplimiento de obligaciones laborales por parte de la empresa, lo que excluía la culpa extracontractual. Dicha sentencia considera este razonamiento «*erróneo puesto que la no seguridad del depósito caído, procedió de un evento absolutamente extraño al contrato de trabajo que ligaba a empresa y víctima y ya tiene esta Sala declarado en constante jurisprudencia que son completamente compatibles ambas responsabilidades*».

En la STS (1^a) 9.3.1983 (RJ 1983\1463) se discutía igualmente la naturaleza contractual o extracontractual en que podía haber incurrido el titular de una empresa agraria. Según la recurrente, la responsabilidad que podía imputarse directamente al encargado de la finca e indirectamente al empresario no era la extracontractual del art. 1902 CC, sino la responsabilidad contractual derivada de negligencia en el cumplimiento de obligaciones contemplada en el art. 1101 CC, por cuanto la víctima del accidente se encontraba vinculada a los responsables –directo e indirecto– mediante un contrato laboral. Según el TS:

«el tema de la coexistencia o conjunción de las responsabilidades contractual y aquiliana cuando los sujetos se hallan ligados por un negocio bilateral y el daño sobreviene en su ámbito, es resuelto por la generalidad de la doctrina sosteniendo que si la extracontractual, por razón de su naturaleza, de su objeto y de los principios que consagra basados en la amplia regla del *alterum non laedere*, constituye la

308 Los orígenes de este tipo de responsabilidad aparecen paulatinamente con los cambios tecnológicos que se producen con la revolución industrial. Vid. las interesantes consideraciones de MARTÍN CASALS, M. – RIBOT IGUALADA, J., «Technological Change and the Development of Liability for Fault in Spain», en MARTÍN-CASALS, M. (Ed.), *The Development of Liability in relation to Technological Change*, Vol. 4, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 227 y ss.

responsabilidad general y básica estatuida en el ordenamiento, no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que *se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial*, de suerte que si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del trabajo -si de arrendamiento de servicios se trata- desplegará aquélla sus efectos y entre otros el de la vigorosa presunción de culpabilidad del empresario, y en este sentido son numerosas las decisiones jurisprudenciales que declaran aplicables los arts. 1902 y ss. no obstante la preexistencia de una relación obligacional».

Esta misma manera de enfocar las cosas aparece en SSTS (1ª) 5.7.1983 (RJ 1983\4072) y 21.10.1988 (RJ 1988\8265), y de una manera más clara en la STS (1ª) 8.11.1990 (RJ 1990\8534), en la que se afirma que el daño resultante que se trata de resarcir era *«un daño individual que afecta a los bienes más ínsitos en la persona física, cual el de su salud; es decir, un derecho esencialmente privado, de cuya trascendencia y efectos ha de conocer la jurisdicción civil como atrayente y definidora de derechos privados; a lo que no obsta que exista una jurisdicción social o del trabajo cuyos límites estrictos se señalan, a la sazón, en el texto refundido por Real Decreto 1568/1980, de 13 de junio, que aprobó la Ley de Procedimiento Laboral, de cuyo examen (artículo 1.º) no puede deducirse que el objeto litigioso aquí debatido haya de corresponder en su conocimiento a dicha jurisdicción especial, al no estar incluido en ninguno de los números de ese artículo»*.

Como se puede observar, en las primeras sentencias se intenta llevar el problema al ámbito de los arts. 1902 y ss del CC para eludir los problemas que podía plantear la calificación como contractual de la responsabilidad en el seno de una relación laboral, como si ello condujera sin más al conocimiento de la pretensión por el orden jurisdiccional social. Otras veces se utilizan argumentos de carácter procesal, sin especial rigor, incluso referidos a la LEC/1881, aludiéndose a la incongruencia en que se podría incurrir cuando la demanda se fundamenta en los arts. 1902 y ss. CC³⁰⁹. En las sen-

309 Este es el caso de la STS (1ª) 5 julio 1983 (RJ 1983\4072). En ella se afirma: *« (...) no puede tampoco olvidarse la circunstancia de esa unidad de culpa civil declarada en los precedentes fundamentos, la cual, puesta en conexión con los principios procesales de instancia de parte y congruencia imponen al juzgador la necesidad de atenerse a la acción ejercitada, que en este caso fue la extracontractual derivada*

tencias posteriores a la LOPJ, a esta manera de enfocar las cosas se añade, sin especiales consideraciones, el argumento de la *vis atractiva* del orden jurisdiccional civil a que se refiere el art. 9.2 LOPJ, que ha permanecido invariable desde su redacción originaria «*los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional*». En la mayoría de estas sentencias la jurisdicción civil prescinde de la clásica distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual consideradas, como categorías separadas con tratamiento diferenciado, para sentar el criterio de que la responsabilidad aquiliana de los arts. 1902 y ss. CC tiene un carácter subsidiario y complementario de la contractual y que es posible la concurrencia de ambas clases de responsabilidad en yuxtaposición, porque no basta que exista un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que ésta aparece cuando el acto causante se presenta como violación del deber general de no dañar a nadie, con independencia de que haya o no una obligación preexistente.

Debe tenerse presente que paralelamente, cuando la acción indemnizatoria derivada de un accidente laboral se planteaba ante los Juzgados de lo Social, nunca se planteaban dudas por parte de los mismos en cuanto a la competencia del orden jurisdiccional social³¹⁰. El art. 9.5 LOPJ sigue con la misma redacción originaria: «*Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral*». Por su parte las diversas Leyes de procedimiento laboral han venido a reiterar la cuestión de la competencia en términos similares a los de la LOPJ. Así, según el art. 1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social: «*Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su*

del art. 1902 CC, razón por la cual y como se indica entre otras en la sentencia de esta Sala de 30 diciembre 1980 (RJ 1980\4815), aun existiendo una sola relación contractual el Tribunal ha de respetar la relación jurídica formal establecida por las partes –SSTS de 3 noviembre 1976 (RJ 1976\4838) y 24 junio 1969 (RJ 1969\3635)– a menos de incidir en incongruencia y sin olvidar, igualmente, que la aplicación de los arts. 1101 y 1104 CC al no haber sido alegados en ninguna de las dos instancias por las partes intervinientes, constituye una nova quaestio proscrita en casación (art. 1729 núm. 5.º LEC)».

310 STS (4ª) 6 octubre 1989 (RJ 1989\7120); STS (4ª) 15 noviembre 1990 (RJ 1990\8575).

vertiente indifidual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias».

3.2. El criterio de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo y el enfoque del problema por la jurisdicción social.

En la década de los 90 se producen algunos cambios generados por resoluciones de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS (todos ellos referidos a supuestos de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y basados en responsabilidad extracontractual del empresario) que, paradójicamente no tuvieron el efecto de hacer variar la doctrina de la Sala de lo Civil³¹¹. Así, el ATS de la Sala Especial de Conflictos de Competencia 23.12.1993 (RJ 1993\10131), tras reconocer la existencia de una zona gris», toda vez que concurren razones para atribuir el caso de autos, tanto al orden civil, como al social, concluye: *«no obstante la “vis atractiva” que caracteriza el orden jurisdiccional civil y las concomitancias que ofrece con los supuestos de culpa extracontractual prevenidos en los arts. 1902 y 1903 CC, el órgano jurisdiccional competente para conocer del mismo es el correspondiente al del orden social»*. Doctrina similar se contiene en los ATS de la Sala Especial de Conflictos de Competencia 4.4.1994 (RJ 1994\3196), en el que se afirma que en caso de que el daño se produzca a consecuencia de un hecho que se presenta como infracción de las obligaciones entre partes nace la responsabilidad contractual regulada en los arts. 1101 y ss. CC, debiendo entenderse que *«el daño causado en un accidente de trabajo, cuando concurre omisión por parte del empresario de las medidas de seguridad legalmente establecidas, se deriva de un incumplimiento de las obligaciones que constituyen contenido esencial del contrato de trabajo, pues los deberes y derechos que los constituyen no sólo nacen del concierto de voluntades producido entre las partes»*. Esta doctrina se consolida con el ATS de la Sala Especial de Conflictos 10.6.1996 (RJ 1996\9676)³¹².

Con tales antecedentes, para resolver el problema de la jurisdicción

311 La doctrina de la Sala de Conflictos carece de vocación expansiva y sólo es aplicable a la resolución de un concreto asunto. Como se destaca en las STS (1ª) 4 diciembre 1995 (RJ 1995\9158), y STS (1ª) 4 octubre 2006 (RJ 2006\6427), las sentencias dictadas por la Sala de Conflictos no crean doctrina jurisprudencial.

312 Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Los riesgos laborales. Doctrina y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007. pp. 239 y ss.

competente, la Sala de lo Social del TS ha procurado evitar el problema de la calificación del tipo de responsabilidad. Destaca en este sentido la STS (4ª) 10.12.1998 (RJ 1998\10501), en un recurso de casación para la unificación de doctrina, en la que se afirma: *«teóricamente se admite en nuestro derecho la posibilidad de ejercitar acumuladas las pretensiones indemnizatorias derivadas de la culpa contractual y de la aquiliana, pero en el laboral, al estar en presencia de una deuda de seguridad del patrono, es difícil imaginar supuestos en los que el empresario, en una misma actuación, viole el deber de garantía que entraña la culpa contractual y al mismo tiempo incurra en supuestos de la extracontractual, incardinados en ese marco laboral»*. Para los casos discutidos de intervención de un subcontratista que realiza actividades propias de un empresario principal, igualmente se considera que son competencia del orden jurisdiccional social. Es clara en este sentido la STS (4ª) 1.12.2003 (RJ 2004\1168), dictada igualmente en un recurso de casación para unificación de doctrina: *«no puede desvirtuarse la conclusión sobre competencia del orden jurisdiccional social por el hecho de que el accidente se produjo en el ámbito delimitado por un empresario subcontratista, que realiza, en tal concepto, actividades propias del empresario principal, adjudicatario de la obra, pues tal circunstancia, así como en quien de ellos recae la responsabilidad subjetiva y culpabilista determinante de la indemnización, afecta al fondo del asunto y no a la falta de jurisdicción»*. Igualmente en la STS (4ª) 26.6.2005 (RJ 2005\6765), en un recurso de casación para unificación de doctrina, se insiste en la idea de la competencia de la jurisdicción laboral con independencia de los posibles responsables, declarándose:

«el órgano jurisdiccional social es el competente para el conocimiento íntegro de la demanda inclusive, en contra de lo que se resuelve en la sentencia recurrida, en el extremo de la misma en cuanto va dirigida contra el Promotor y Directores Técnicos de la obra en la que el actor sufrió un accidente de trabajo imputándose la falta de adopción de las necesarias medidas de seguridad en prevención de riesgos laborales, causa de los daños sufridos por el trabajador; en estos supuestos estamos ante una demanda de responsabilidad contra varios demandados en donde puede entrar en juego tanto la responsabilidad derivada de las previsiones contenidas en el art. 1101 CC como de las establecidas en el art. 1902 del mismo cuerpo legal; en suma se trata de casos de compleja autoría con independencia de quien sean los agentes, para cuyo conocimiento, pese a tratarse en el caso de los Promotores y Directores

Técnicos de supuestos de culpa extracontractual, es competente, como ya hemos dicho el Órgano Jurisdiccional Social, siempre y cuando lo que se reproche a éstos sea un ilícito laboral por la causa ya dicha».

En realidad, como destacaba YZQUIERDO TOLSADA, esta manera de interpretar las cosas de la Sala de lo Social se podía compartir plenamente, y entender que corresponde a la jurisdicción social conocer de la responsabilidad civil del empresario (principal y subcontratista) por accidentes de trabajo, con independencia del criterio sustentado por la jurisdicción civil, «y dando absolutamente igual que la demanda invoque las norma contractuales o las que regulan el contrato de trabajo»³¹³. Bien es verdad que alguna sentencia de la Sala Cuarta ha equivocado los términos. Así, en la STS (4ª) 23.6.1998 (RJ 1998\5787) se afirma: *«el empresario puede ser responsable civilmente cuando el daño causado se vincula con una conducta de aquél ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo, tal como es definido por las diversas fuentes que concurren, con función reguladora, en la determinación de ese contenido en el marco de un contrato normado. Pero cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre (art. 3 del Estatuto de los Trabajadores), la responsabilidad ya no es civil, sino laboral y el supuesto queda comprendido en el apartado a) del art. 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que atribuye al orden social «las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo»*. En realidad, en este ámbito, la responsabilidad no puede calificarse como laboral o civil. Utilizando la terminología tradicional la responsabilidad siempre será civil (entendida en sentido amplio como acción para reclamar los daños y perjuicios causados), lo cual no significa que con ello se estén predeterminado cuestiones sobre competencia judicial. Como ocurre con la denominada responsabilidad civil derivada del delito, la acción civil reparatoria –ya derive el daño o no de un delito– es una y la misma: lo que debe determinarse es si la competencia puede corresponder al juez penal. Habrá, pues, acciones civiles que puedan ejercitarse en un proceso penal, o que deban ejercitarse ante la jurisdicción laboral.

313 Cfr. «Responsabilidad civil por accidentes de trabajo», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III, Parte especial segunda, 4ªed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 811. Vid. igualmente REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales...», pp. 184 y ss.

3.3. Vacilaciones en la línea jurisprudencial de la Sala Primera.

Los citados Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia tuvieron su repercusión en la Sala Primera del TS, de manera que a finales de los 90 se abre una nueva línea jurisprudencial, excluyendo la competencia de la jurisdicción civil cuando la pretensión de indemnización se fundaba en el incumplimiento de normas laborales. En este sentido pueden citarse las SSTs (1ª) 24.12.1997 (RJ 1997\8905), 26.12.1997 (RJ 1997\9663), 10.2.1998 (RJ 1998\979) y 20.3.1998 (RJ 1998\1708). Esta última es la que tiene un razonamiento más claro, pues en las anteriores parece sustentarse que la cuestión corresponde al orden social por tratarse de una responsabilidad contractual, por lo que si estuviéramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, la competencia sería del orden jurisdiccional civil. En este sentido en la STS (1ª) 20.3.1998 (RJ 1998\1708) se afirma:

«Y es que la Sala, en conclusión, no tiene sino que reiterar una obviedad jurídica en tema de responsabilidad: cuando se ejercita una pretensión, como la de autos, con base a la infracción del empresario de las adecuadas medidas de seguridad, control, vigilancia que por razón del contrato de trabajo devienen exigibles –a través de la extinta Ordenanza o de cualquier otra normativa posterior– y *tanto se inste la tutela por vía contractual* –arts. 1101 y ss. del CC– *como a través de la aquiliana del art. 1902 CC, el ilícito determinante de la responsabilidad del empresario demandado, y que late en cada uno de esos preceptos, no es posible descolgarlo de aquella disciplina del contrato de trabajo, y, por tanto, la competencia de este orden social deriva incuestionable* por todo lo razonado; por lo cual, procede, y sin necesidad de examinar el recurso, y por la prioritaria necesidad de purgar de oficio la propia competencia, entender que deberá cederse el conocimiento de la misma, al correspondiente orden social de derecho, haciéndoselo saber así, a las partes, para que insten lo que a su derecho convenga».

Sin embargo, a partir de la STS (1ª) 13.10.1998 (RJ 1998\8373), la Sala Primera vuelve al criterio tradicional de asumir su propia competencia debido a que el daño se produce *fuera de la órbita de lo rigurosamente pactado en el contrato de trabajo*. Concretamente se afirma: *«lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en*

el art. 9.2 LOPJ, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los arts 1902 y 1903 CC, doctrina, por demás, reiterada de esta Sala». El mismo enfoque aparece en varias sentencias posteriores³¹⁴, aunque cabe destacar también el criterio contrario recogido en la STS (1ª) 11.2.2000 (RJ 2000\673)³¹⁵. Todas estas contradicciones se ponen de relieve por la STS (1ª) 8.10.2001 (RJ 2001\7551) que habla del «alto grado de desacuerdo entre las decisiones judiciales, incluso del máximo nivel, sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad civil del empresario por los daños que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta de aquél». De sus razonamientos merece la pena destacar la situación temporal de los hechos y de los pronunciamientos judiciales intermedios, pues al tiempo de dictarse la sentencia recurrida la Sala Primera declaraba por regla general la competencia del orden jurisdiccional civil, aunque posteriormente se dictaron los Autos de la Sala de Conflictos que optaban por declarar la competencia del orden jurisdiccional social, y la propia Sala Primera había bailado los criterios en torno a determinar la jurisdicción competente. Así, se afirma: «Queda por tanto de manifiesto que la trayectoria de esta Sala no ha sido rectilínea y, con ello, que la solución adoptada por el tribunal

314 STS (1ª) 24 noviembre 1998 (RJ 1998\9694); STS (1ª) 30 noviembre 1998 (RJ 1998\8785); STS (1ª) 18 diciembre 1998 (RJ 1998\9642); STS (1ª) 1 febrero 1999 (RJ 1999\745); STS (1ª) 10 abril 1999 (RJ 1999\2607); STS (1ª) 13 julio 1999 (RJ 1999\5046); STS (1ª) 30 noviembre 1999 (RJ 1999\8287); STS (1ª) 2 marzo 2000 (RJ 2000\1306); STS (1ª) 26 mayo 2000 (RJ 2000\3497).

315 El razonamiento es el siguiente: «(...) pese a la denominación que el actor le da en su demanda (de responsabilidad por culpa extracontractual), lo cierto es que la única y verdadera acción que, en el proceso a que se refiere este recurso, ejercita el actor, aquí recurrente, es la de responsabilidad contractual por el incumplimiento por la empresa del contrato de trabajo existente entre las partes, al no observar las normas establecidas en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo (no facilitando al trabajador demandante gafas o pantallas protectoras), y siendo ello así, como efectivamente lo es, tanto esta Sala Primera, como la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo, tienen proclamada la doctrina de que cuando la acción ejercitada es la de responsabilidad contractual, por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de la empresa, el conocimiento de la referida acción es de la exclusiva competencia de la Jurisdicción Laboral o de lo Social (Sentencias de esta Sala Primera de 19 de julio de 1989 (RJ 1989\5724), 2 de octubre de 1994 (RJ 1994\7442), 26 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9663) y 24 de octubre de 1998 (RJ 1998\8236), y Autos de dicha Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10131) y 4 de abril de 1994 (RJ 1994\3196). Por lo que respecta a las Sentencias de esta Sala invocadas por el recurrente, ha de hacerse constar que no guardan relación con la presente cuestión litigiosa, pues las mismas tratan de la compatibilidad del ejercicio de una acción de culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil con las consecuencias de un accidente laboral, pero nunca se refieren al ejercicio de una acción derivada única y exclusivamente de un contrato de trabajo que unía al actor recurrente con la empresa demandada y aquí recurrida, de cuyo supuesto incumplimiento contractual se derivó el accidente laboral al que se refiere este proceso».

de apelación no sólo entra de lleno dentro de lo razonable sino que incluso quedaría refrendada por las citadas sentencias de esta Sala desde finales de 1997 hasta mediado el año 1998». A pesar de ello se concluye: «No obstante, los recursos ahora examinados deben ser resueltos en coherencia con el criterio adoptado después de dichas sentencias y mantenido hasta la actualidad, por lo que, fundadas las demandas en los arts. 1902 y 1903 CC, debe concluirse que la competencia para conocer de las mismas correspondía al orden jurisdiccional civil y que, por tanto, deben prosperar los motivos fundados en defecto en el ejercicio de la jurisdicción»³¹⁶.

De todo lo anterior, casi se podía afirmar, como destaca REGLERO CAMPOS que nos encontrábamos ante una jurisdicción electiva³¹⁷. Así, la Sala Cuarta reconocía su propia competencia para resolver la acciones de reclamación de daños producidos en el seno de una relación laboral, mientras que la Sala Primera reconocía la competencia de uno u otro orden jurisdiccional en función del *petitum* de la demanda: de la jurisdicción social si la demanda se basaba en la infracción exclusiva de normas laborales³¹⁸, y de la jurisdicción civil si la demanda se fundaba en culpa extracontractual o aquiliana de los empresarios demandados por la vía de los arts. 1902 y 1903 CC³¹⁹.

316 En el caso resuelto por esta sentencia la competencia del orden jurisdiccional civil se invoca como una mejor garantía del total resarcimiento del daño mientras no se produzca una modificación legislativa en materia de competencia que despeje cualquier duda al respecto. Hasta el punto de que se afirma: «Ciertamente no puede considerarse del todo satisfactoria una solución estrictamente formalista que atienda sobre todo a la norma invocada por la parte actora. Pero tal solución no es sino manifestación de un *problema de mayor calado consistente en que la normativa laboral no conduzca por sí sola a la reparación íntegra del daño ni siquiera cuando se aplica el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad* (art. 123 LGSS, correlativo al art. 93 del TR de 1974), esto es por culpa del empresario, recargo también tasado y cuya naturaleza jurídica (sancionadora o reparadora) es objeto asimismo de una viva polémica. De ahí que, siendo hoy patente en nuestro ordenamiento jurídico la superación del principio de inmunidad del empresario y de los límites de la reparación, esenciales en su día al configurarse inicialmente la cobertura de los accidentes de trabajo en la Ley de 30 de enero de 1900 como una responsabilidad objetiva por riesgo empresarial, resulte aconsejable, dada la compatibilidad entre las indemnizaciones fundadas en la responsabilidad civil del empresario y las prestaciones de la Seguridad Social originadas por el mismo supuesto de hecho (art. 127.3 del actual TR LGSS y art. 97-3 del TR vigente al tiempo de ocurrir los hechos), *mantener, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la posible culpa del empresario fundada en los arts. 1902 y 1903 CC*».

317 Cfr. REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales...», cit., p. 194.

318 STS (1ª) 6 marzo 2006 (RJ 2006\1574); STS (1ª) 4 mayo 2006 (RJ 2006\4060); STS (1ª) 28 septiembre 2006 (RJ 2006\6497).

319 STS (1ª) 20 julio 2006 (RJ 2006\4740); STS (1ª) 4 octubre 2006 (RJ 2006\6427).

3.4. La STS (Civil) de 15 de enero de 2008.

Toda esta situación cambia a partir de la STS (1ª) 15.1.2008 (RJ 2008\1394), dictada por el Pleno de la Sala Primera, que pretende marcar un antes y un después, acercándose al criterio mantenido por la Sala Cuarta. El precedente inmediato de esta decisión se encuentra en un nuevo ATS de la Sala Especial de Conflictos de Competencia 28.2.2007 (RJ 2007\8689), donde se resumen los criterios utilizados por la Sala de Conflictos:

1. En la relación jurídico-laboral entre empresario y trabajador, la responsabilidad tiene un marcado carácter contractual al derivarse el daño precisamente de un contrato de trabajo, cuyo contenido no participa de la naturaleza de ningún otro contrato.

2. Normativamente la obligación general de prevención forma parte del contrato de trabajo, como se desprende de los arts. 4.2.d) (consagrando el derecho de los trabajadores a su integridad física «en la relación de trabajo» y 19.1 («derecho a una protección eficaz en materia de seguridad...») del Estatuto de los trabajadores, y del art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el cual establece, en clara lógica contractual, el derecho del trabajador a una «protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo» (apartado 1), el correspondiente deber empresarial de adoptar «cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores» (apartado 2), afirmando que «el empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales» (apartado 3), siendo conveniente recordar, que conforme al art. 1255 CC, el contenido del contrato no sólo comprende lo dispuesto en sus cláusulas, sino lo que prevén como obligatorio las normas estatales imperativas.

3. Esta obligación, impuesta *ex lege*, debe implicar que la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo, por el empleador, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo, contrato que es el parámetro esencial para determinar y delimitar la competencia del orden jurisdiccional laboral, conforme prescriben los arts. 9.5 LOPJ y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Como conclusión de estas argumentaciones se establece lo siguiente: *«En definitiva, cuando –como aquí acontece– se reclama frente al empresario una indemnización por un accidente de trabajo que se ha producido como consecuencia de la infracción de una obligación de seguridad, según resulta de los propios términos de la demanda, la competencia correspon-*

de al Orden Social de la Jurisdicción porque lo verdaderamente importante es que el daño se imputa a un ilícito laboral y no civil, que puede derivar tanto de lo pactado como de lo impuesto por la ley, y entonces nos hallamos dentro de «la rama social del Derecho» a efectos de lo dispuesto en el art. 9.5 LOPJ. El Orden Jurisdiccional Civil únicamente opera cuando el daño sobrevenido no se produce con motivo u ocasión del trabajo, sino que se vincula a una conducta del empleador ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo».

Esta manera de enfocar las cosas se recoge por la citada STS (1ª) 15.1.2008, que sienta la siguiente doctrina: En estos supuestos de reclamaciones civiles como consecuencia del incumplimiento de una relación laboral creada por un contrato de trabajo, *«para deslindar la competencia es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo. En el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad se halla en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea estatal, o colectiva. Para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar, por tanto, si existe la infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que se requiere que el empresario actúe como tal. Por ello, para que sea competente la jurisdicción civil, el daño ha de deberse a normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral, puesto que, cuando exista un incumplimiento de dicha relación, deberá declararse la competencia de la jurisdicción social».*

Es decir, a juicio de la Sala Primera, existirá incumplimiento del contrato de trabajo en aquellos casos en que se vulneren las normas voluntarias, colectivas o legales, reguladoras del mismo (sobre la base del art. 1258 CC), debiendo considerarse que las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores forman parte del contenido del contrato de trabajo según las normas legales que lo regulan³²⁰. Se considera así que la respon-

320 En concreto la Sentencia se refiere a las siguientes normas legales:

1º El art. 19 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual «El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene», teniendo en cuenta que el art. 5.d) ET incluye dentro de los derechos laborales el de «la integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene».

2º La Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos laborales, que en su art. 14 dice: «Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales». Asimismo, el art. 42.1 de esta Ley, conforme al cual: «El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así

sabilidad por accidentes de trabajo nace del incumplimiento de una obligación legal, porque la Ley está determinando el contenido obligacional del contrato de trabajo; y se considera que la obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual (el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales considera que se trata de una obligación general de diligencia incorporada por Ley al contenido del contrato de trabajo). En definitiva, como se concluye, «esta Sala, por tanto, fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social».

No obstante lo anterior, la STS (1^a) 15.1.2008 no ha aclarado definitivamente la cuestión, porque se sigue manteniendo la competencia del orden jurisdiccional civil cuando se demanda a personas ajenas al contrato de trabajo junto con el empresario. Y resulta que la Sala Social del TS también acepta su competencia respecto a estas acciones. Ello supone mantener que en estos casos estamos ante una jurisdicción electiva, porque el demandante puede elegir entre el orden jurisdiccional civil o social³²¹. Existen casos en que la demanda se puede presentar ante el Juzgado de lo Social o ante el Juzgado de Primera Instancia, lo cuales se pueden declarar competentes por razón de la materia aplicando respectivamente el criterio y doctrina se-

como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento», determinando el cuadro de responsabilidades a que pueda dar lugar el accidente producido por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad, sin establecer, sin embargo, la competencia.

3º El art. 127.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, conforme al cual «cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación se hará efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente».

4º El art.123.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al regular el denominado recargo de las prestaciones económicas en caso de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, que establece en su párrafo 3º: «La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con la de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción».

321 Cfr. DÍAZ MORENO, A. – MARTÍN HUERTAS, M.A., «Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en los accidentes de trabajo: Comentario a la Sentencia del TS de 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 1394)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, p. 367; CARRANCHO HERRERO, M.T., *Responsabilidad civil del empresario en el ámbito de los riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 94 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., «Comentario a la STS de 15 de enero de 2008. Competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad civil por accidente de trabajo», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 2 (2008), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 91 y ss.

guidos por las Sala Social y Civil del TS. Así, como se ha destacado, cabe elegir entre el orden civil o el social cuando, además del empresario, se demanda a un tercero ajeno a la relación laboral, como el Director Técnico de la obra, u otro trabajador que se ha visto involucrado en el accidente (v.gr. el que conduce una máquina que atropella al demandante), o un cliente de la empresa que ha participado en el accidente laboral³²².

A mi juicio, esta posible elección de jurisdicción es criticable, entre otros motivos, porque los criterios que se utilizan para resolver los mismos problemas en la jurisdicción civil y social son diferentes³²³. Así se pone de relieve en el Informe del CGPJ sobre «*Siniestralidad laboral: análisis de la respuesta jurisdiccional*», que fue elevado al Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 17 de enero de 2007³²⁴. Se recogen en este Informe las principales diferencias que se observan en el modo de resolver los asuntos en uno y otro orden jurisdiccional. Así, se destaca que el tiempo de respuesta del orden social es mucho menor que el del orden civil, pero en cambio el porcentaje de sentencias estimatorias es superior en el orden civil, donde además el importe de las indemnizaciones es muy superior que en el orden social. Aparte de lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Primera todavía se inclina en muchas ocasiones por una responsabilidad que denomina cuasi-objetiva, o por aplicar la teoría del riesgo y la inversión de la carga de la prueba³²⁵, mientras que la Sala Cuarta defiende la existencia de responsabilidad basada en la culpa, sin inversión de la carga de la prueba³²⁶. Pero

322 Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V., «¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?», *Aranzadi Social*, núm. 1/2008 (BIB 2008\494); MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La elección del orden jurisdiccional en las acciones indemnizatorias derivadas de accidentes laborales», *Práctica Derecho de Daños*, núm. 86, 2010, pp. 18.

323 Vid. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Los riesgos laborales...*, cit., pp.103 y ss.

324 Accesible en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords> (fecha de consulta 8 de febrero de 2011).

325 Paradigmática en este sentido la STS (1ª) 19 noviembre 2008 (RJ 2008\6931).

326 STS (4ª) 2 febrero 1998 (RJ 1998\3250); STS (4ª) 2 octubre 2000 (RJ 2000\9673); STS (4ª) 7 febrero 2003 (RJ 2003\1828); y STS (4ª) 17 julio 2007 (RJ 2007\8300).

En concreto en esta última se afirma: «(...) la doctrina de la Sala ha rechazado el carácter objetivo o cuasiobjetivo de la responsabilidad contractual o aquiliana [base de la singularidad de tratamiento en la indemnización tasada de la LRCSCVM], puesto que ese carácter, que imputa los daños a quien obtiene el beneficio con los medios productores del riesgo, y que prácticamente se convierte en objetiva si se le añade la inversión de la carga de la prueba, tiene pleno sentido en el campo civil cuando “se contemplan daños a terceros ajenos al entramado social que se beneficia de este progreso”; pero “la cuestión cambia radicalmente de aspecto» cuando el avance tecnológico y sus beneficios alcanzan tanto al empresario como a los trabajadores”, pues al perseguir aquél “su propia ganancia crea un bien social, como son los puestos de trabajo”, por lo que “en esta caso la solución es la creación de una responsabilidad estrictamente subjetiva” (...).Lo que ciertamente no excluye -añadimos ahora- la racional aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, y más específicamente

además, las discrepancias afectan al *quantum* indemnizatorio. La Sala Primera considera que la cuantía total de la indemnización es independiente de las prestaciones de la Seguridad Social, por lo que éstas no deben tenerse en cuenta a la hora de fijar su importe: cabría, pues, la acumulación de indemnizaciones³²⁷. En cambio, para la Sala Cuarta, estas prestaciones de la Seguridad Social viene a cubrir el lucro cesante derivado de la pérdida del salario, pero dejan fuera de la cobertura todos los perjuicios que puedan derivarse de otros daños que puedan tener su causa en el accidente. En este sentido, se considera que cuando se ejercita una acción de responsabilidad por daños se deben descontar las prestaciones de la Seguridad Social, aunque distinguiendo de éstas el «recargo de prestaciones» a cargo del empresario, que no puede ser descontado teniendo en cuenta su naturaleza asimilada a una sanción³²⁸.

En mi opinión, la jurisdicción competente debería atribuirse en estos casos con carácter exclusivo al orden social, pues en todos los casos se

la relativa a la disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.6 LEC) que ha de evitar situaciones de real desprotección en la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores accidentados o de sus causahabientes».

327 Esta interpretación viene favorecida por una interpretación literal del art. 127.3 de la Ley General de Seguridad Social (Texto refundido, aprobado por RDLeg. 1/1994, de 20 de junio): «*Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente*». Vid MARÍN CASTÁN, F., «Jurisprudencia civil sobre accidentes de trabajo», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 489 y ss.; y recientemente, CARRANCHO HERRERO, *Responsabilidad civil del empresario...*, cit., , pp. 269 y ss.

328 Cfr. MOLINER TAMBORERO, G., «La culpa como criterio de imputación en accidentes de trabajo. La delimitación de responsabilidades», en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.), *Derecho de Daños*, Sepin, Madrid, 2011, pp. 691 y ss.; DÍAZ MORENO – MARTÍN HUERTAS, «Los criterios...», cit., pp. 367 y ss.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Los riesgos laborales...*, cit., pp. 90 y ss.

Según el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social, «*todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador*». La naturaleza sancionatoria del recargo de prestaciones es clara, por eso el art. 123.3 LGSS establece que la responsabilidad que regula este precepto es «independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción». Por otro lado, el deseo del legislador de que siempre corra a cargo del empresario se pone de relieve en la imposibilidad por parte de éste de asegurarse frente a dicha responsabilidad. Según el art. 123.2 LGSS, «*la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla*».

está utilizando una normativa específicamente laboral. En este sentido, en la Conclusión 3º del Informe del CGPJ anteriormente citado puede leerse: «Hay coincidencia absoluta en que excepto en el orden penal, *toda la materia derivada de accidentes de trabajo debería verse en la jurisdicción social*, el tiempo de respuesta de este orden jurisdiccional es mucho más satisfactorio, las respuestas judiciales serían más coherentes y unificadas y además sería más sencillo formar a los jueces de un colectivo más pequeño, por otra parte más y mejor adiestrado para comprender la realidad inherente al mundo del trabajo». Este es también el criterio que se sigue en la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo artículo 2.b) dispone que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan *«en relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente»*. Así pues, el orden social ha pasado a conocer en exclusiva de las demandas de responsabilidad derivadas tanto del contrato de trabajo como de las obligaciones contenidas en la derogada Ley de Procedimiento Laboral. Sólo quedarían fuera de sus competencias las demandas dirigidas frente a terceros causantes del daño completamente ajenos a la relación laboral (alguien que arroja desde el exterior un objeto que provoca daños a un trabajador, vehículo que colisiona contra el lugar de trabajo, etc.), en las que ninguna relación de causalidad existe entre el trabajo y los daños producidos.

3.5. Consecuencias procesales de la jurisdicción electiva.

Desde el punto de vista procesal, con la situación actual siempre provocará menos problemas que la acción de reclamación frente a los posibles sujetos responsables del daño se ventile dentro del mismo proceso, con independencia de que se declare competente la jurisdicción social o la civil. En los casos en que el director técnico de una obra desarrolla sus funciones imprudentemente, y como consecuencia de ello un trabajador sufre un accidente laboral, puede existir una responsabilidad extracontractual de aquél, pero también del empresario que no ha cumplido con las correspon-

dientes medidas de seguridad³²⁹. El trabajador que ha sufrido los daños puede dirigirse sólo contra el director técnico o sólo contra el empresario, o bien contra ambos. Con independencia de que en un caso pueda hablarse de responsabilidad extracontractual y en otro de responsabilidad contractual, cuando el trabajador quiere demandar a ambos sujetos carece de sentido que divida la causa e interponga dos pleitos simultáneos: uno ante la jurisdicción civil y otro ante la jurisdicción laboral, que pueden llegar a soluciones contradictorias.

No obstante, el problema tiene un alcance mayor del que aparenta, pues hay que encajar en cada uno de los órdenes jurisdiccionales si el demandante pueden acumular tales acciones, o si existe litisconsorcio y debe demandar a todos los posibles causantes del daño sufrido. Cabe interpretar que existe aquí litisconsorcio impropio, que no impide que la cuestión sea resuelta por uno u otro orden jurisdiccional³³⁰, o bien que se trata de una acumulación subjetiva de acciones³³¹. La acumulación subjetiva de acciones se admite en los arts. 71 y ss. LEC. En concreto, según el art. 72 LEC: *«Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos»*. A partir de la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 noviembre, la LPL admitió igualmente esta acumulación subjetiva de acciones. Según su art. 27.3: *«También podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos»*³³². La cuestión viene regulada en este mismo sentido en el art. 25.3 de la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

329 Cabe igualmente plantear el caso del empresario que subcontrata todo o parte de su actividad laboral. Los supuestos de contratas y subcontratas tienen en ocasiones una regulación específica, como ocurre en el ámbito de la construcción con la Ley 32/2006 de 18 de octubre, cuyo artículo 7.2 establece en estos casos una responsabilidad solidaria de contratista y subcontratista.

330 Cfr. MOLINER TAMBORERO, «La culpa como criterio...», cit., p. 721.

331 Cfr. MOLINS GARCÍA-ATANCE, «La elección...», cit., 18.

332 Con anterioridad a la Ley 13/2009, esta acumulación ya se admitía por aplicación supletoria de la LEC.

Las condiciones de admisibilidad de la acumulación, por motivos procesales, se regulan en el 73.1 LEC, que en concreto exige:

1. *Competencia del Tribunal*. El Tribunal ha de poseer jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Como acabamos de ver, ambas jurisdicciones admiten su competencia, con lo que no se plantearían problemas en este sentido.
2. *Compatibilidad procedimental de las acciones acumuladas*. Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo. No obstante, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal.
3. *Inexistencia de prohibición legal de acumulación*. Que la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir (aparecen prohibiciones específicas en el art. 26.1 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, que no afectan a las cuestiones que plantean los posibles supuestos de responsabilidad civil).

Por su parte, el art. 11.2 LEC impone el litisconsorcio: *«cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa»*. Hay que tener en cuenta que todas las previsiones relativas a la cosas juzgada formal (art. 207 LEC), y la cosa juzgada material (art. 222 LEC), no tienen encaje si, sobre los mismos hechos con varios demandados implicados en un mismo evento dañoso, existen dos sentencias contradictorias³³³. Así se desprende de la STS (1^a) 21.2.2006 (RJ 2006\2147), en un asunto del que previamente había conocido la jurisdicción laboral. Se afirma en la misma que, tomando en cuenta los diferentes elementos componentes de la pretensión (fáctico, jurídico y petitorio), aunque el hecho originador de los eventos indemnizatorios sea único, las perspectivas jurídicas del mismo son diferentes y las normas de

333 Destaca MOLINER TAMBORERO, «La culpa...», p. 722, que aun cuando esté muy claro que los efectos de la cosa juzgada no afectarían a los demandados en un segundo pleito, no cabe duda que lo demostrado en la primera sentencia podría tener un efecto reflejo sobre la segunda sentencia aunque el demandado en ésta no hubiera podido estar presente en el proceso anterior.

aplicación distintas, sin que pueda negarse que la declaración previa de la existencia de un «accidente de trabajo» (que engloba un componente fáctico y otro jurídico, concretamente la subsunción del primero en los supuestos que definen el accidente: art. 115 de la LGSS) tenga carácter prejudicial y vinculante para la jurisdicción civil. Sin embargo, según se afirma, *«cuando la prejudicialidad se produce fuera de la órbita asignada al conocimiento del orden jurisdiccional respectivo, su eficacia opera exclusivamente dentro del proceso en que se produce, y no alcanza eficacia de cosa juzgada dentro del orden jurisdiccional al que compete finalmente el examen de la cuestión. Tiene, como explica la doctrina, un mero valor incidenter tantum, esto es, permite ser resuelta de otro modo por la jurisdicción concernida por las normas aplicables (artículo 1.1 LOPJ)»* La adecuada comprensión del caso requiere conocer que la sentencia recurrida se había inclinado por la legitimidad de la dualidad de procesos, manteniendo que al poderse suscitar en cualquiera de los mismos el tema del caso fortuito o de la culpa exclusiva de la víctima, la declaración judicial en el orden laboral sobre este tema, producía eficacia de cosa juzgada en el orden civil. Por el contrario, para el TS, la sentencia recurrida «no repara en que la culpa exclusiva de la víctima, como razón exoneratoria de la culpa extracontractual, al ser un pronunciamiento que incumbe en atención a las normas aplicables (arts. 1902 y 1903 CC), a los tribunales de lo civil o en el ejercicio de acciones civiles, cuando se produce en otra jurisdicción, tienen valor dentro del mismo proceso, pero no puede proyectarse más allá de su propio orden jurisdiccional, por lo que, no alcanzan eficacia de cosa juzgada». Ello conduce, en resumidas cuentas, a la condena de quien ya había sido absuelto del resultado del mismo accidente en la jurisdicción social.

Este es el criterio que está presente en la STS (1ª) 15.1.2008 (RJ 2008\1394) cuando establece: «Si bien es cierto que se ha producido un incumplimiento del contrato de trabajo, al haber sido demandadas en el presente procedimiento personas completamente ajenas al mismo, como ocurre con la hoy recurrente sociedad ALVIC, SA, debe descartarse la declaración de exceso de jurisdicción, y en virtud de la vis atractiva de la jurisdicción civil establecida en el artículo 9.2 LOPJ, debe declararse la competencia de esta jurisdicción para conocer de la acción de responsabilidad interpuesta por la demandante por la muerte de su hijo. *Al no poder dividirse la causa, esta vis atractiva afectará también a aquellas demandadas, una de las cuales es ahora recurrente, que ostentaban una relación*

laboral con el trabajador fallecido». Haciendo abstracción del tema de la jurisdicción competente, lo que interesa destacar es la imposibilidad de dividir la causa de pedir, por tratarse de la misma acción de responsabilidad interpuesta por la demandante por el fallecimiento de su hijo.

3.6. El problema de la retroactividad del nuevo criterio jurisprudencial de la STS (Civil) de 15 de enero de 2008.

Una última cuestión a poner de relieve en relación con el cambio jurisprudencial que se produce con la STS (1ª) 15.1.2008, es la del carácter retroactivo de esta interpretación. A partir de esta sentencia ha habido pronunciamientos posteriores en los que, inopinadamente, se insiste en la competencia de la jurisdicción social cuando el problema había llegado hasta la Sala Primera precisamente en función del criterio seguido con anterioridad, en el que no se discutía la competencia de la jurisdicción civil.

La primera es la STS (1ª) 19.2.2008 (*RJ* 2008\5497), en un asunto en que la sentencia del Juzgado de primera instancia tiene fecha de 21 de septiembre de 1999. Utilizando el argumento del cambio de criterio aludido, no se entra en el fondo del asunto y se declara «la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer la demanda presentada ante esta jurisdicción (...) y ello porque se fundamenta de manera indudable en el incumplimiento del contrato de trabajo (...) ya que la reclamación se fundó en la inobservancia de las medidas de seguridad exigidas

Un pronunciamiento similar se contiene en la STS (1ª) 16.4.2008 (*RJ* 2008\5771). La sentencia del Juzgado de primera instancia tiene en este caso fecha de 18 de mayo de 2000, y el TS, sobre la base de considerar que la empresa demandada no era ajena a la relación laboral, estima la incompetencia de la jurisdicción civil y se abstiene de conocer el recurso de casación, declarando la nulidad de todas las actuaciones, y previniendo a las partes que usen de su derecho ante los órganos judiciales del orden social. La última de este grupo de sentencias es la STS (1ª) 17.11.2008 (*RJ* 2008\6930). La sentencia del Juzgado de primera instancia es aquí de 27 de abril de 1999. El FD Tercero de la sentencia del TS es elocuente:

«De lo dispuesto en el art. 74 LEC/1881, por la que se siguió el litigio en ambas instancias y se ha tramitado el presente recurso de casación, como de los arts. 37.2 y 38 LEC/2000, se desprende que esta Sala debe abstenerse de oficio para conocer el asunto si se entiende que su conocimiento corresponde a los tribunales de otro orden jurisdiccional.

Ello es lo que ocurre en el presente litigio. En efecto, y con relación a la competencia para conocer de las indemnizaciones por responsabilidad civil originada por accidentes laborales, (*RJ* 2008, 1394) “fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social”, doctrina seguida en las sentencias posteriores de 19 de febrero (*RJ* 2008, 5497) y 16 abril 2008 (*RJ* 2008, 5771). Tanto la reclamación que ha originado este litigio como las normas alegadas en la demanda presentada por (...) en la demanda iniciadora de este pleito son claramente laborales, por lo que considerando esta Sala aplicables al caso debatido los criterios expuestos en las sentencias citadas, procede apreciar de oficio la falta de competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la reclamación planteada, dejando a salvo el derecho de las partes a promoverlo ante el orden jurisdiccional correspondiente».

El cambio de criterio jurisprudencial que aparece en la STS (1^a) 15.1.2008 no justificaba a mi juicio que se pudiera aplicar dicha doctrina a procesos iniciados al amparo una normativa orgánica y procesal interpretada de forma distinta por la propia Sala Primera, y mucho menos cuando en ninguna instancia se había alegado la posible incompetencia de la jurisdicción civil. Entender lo contrario, teniendo en cuenta las fechas de las que proceden los casos resueltos (o más bien, finalmente, no resueltos), supone sorprender a los litigantes con una interpretación de carácter retroactivo que no era la que existía en el momento de plantearse la demanda, momento en el que se reconocía abiertamente la competencia de la jurisdicción civil. En el fondo se les sorprende con el paso cambiado a todos aquellos que, confiando en una jurisprudencia reiterada en el momento de efectuar la reclamación ante los tribunales del orden civil, se les dice unos diez años después que la jurisdicción competente era otra, porque ahora –y no entonces– el criterio ha cambiado. Aparte de lo anterior, esta manera de ver la cosas contradice el criterio de la propia Sala Civil del TS en torno a la conveniencia de evitar el denominado «lamentable peregrinaje de jurisdicciones», varias veces reiterado en cuanto a los problemas de atribución de la competencia al orden civil o al contencioso administrativo en demandas de responsabilidad por daños. Es decir, lo procedente hubiera sido entrar a conocer el fondo del asunto cuando éste ha llegado a la última instancia

sin atribuirlo entonces a otro orden jurisdiccional, para evitar las graves consecuencias que ello provocaría en el perjudicado, una de las cuales sería desde luego el quebrantamiento del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas, que proclama el art. 24.2 CE³³⁴.

La manera de enfocar las cosas cambia con la STS (1ª) 11.9.2009 (RJ 2009\4586). Se trataba del caso de un accidente que se enmarcaba en una relación laboral existente entre un marinero y la propietaria del barco, donde aparecía un claro incumplimiento de las medidas de seguridad pertenecientes al ámbito estricto del contrato de trabajo. A pesar de reconocerse que el asunto debía ser competencia de la jurisdicción social, la perspectiva cambia al considerarse que el cambio de criterio no podía tener carácter retroactivo. En concreto se afirma:

«Sin duda la jurisdicción es un presupuesto procesal absoluto para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal y como tal de obligada observancia por su naturaleza de orden público, por lo que su control en modo alguno puede negarse al Tribunal superior que tiene la competencia para conocer y resolver los recursos que ante el mismo se interpongan (STC 113/1990, de 18 de junio, cuando consta claramente la falta de la misma. Sin embargo, la aceptación de las anteriores conclusiones, *no es suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto*. Lo contrario contradice la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esta tutela es que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmita a trámite en la jurisdicción en la que había sido planteada, pasando absolutamente por alto que este mismo Tribunal, en ocasiones y, precisamente tras

334 STS (1ª) 18 febrero 1997 (RJ 1997\1240); STS (1ª) 12 junio 1997 (RJ 1997\4769); STS (1ª) 7 marzo 2000 (RJ 2000\1508); STS (1ª) 28 noviembre 2000 (RJ 2000\9303); STS (1ª) STS (1ª) 11 junio 2001 (RJ 2001\5674); STS (1ª) 30 enero 2004 (RJ 2004\439); STS (1ª) 8 marzo 2004 (RJ 2004\1815); STS (1ª) 22 diciembre 2004 (RJ 2004\8144); STS (1ª) 25 enero 2005 (RJ 2005\1160); STS (1ª) 14 junio 2006 (RJ 2006\3074); STS (1ª) 14 diciembre 2006 (RJ 2006\9733); STS (1ª) 16 mayo 2007 (RJ 2007\3112); STS (1ª) 14 junio 2007 (RJ 2007\3519); STS (1ª) 10 julio 2007 (RJ 2007\5130); STS (1ª) 8 mayo 2008 (RJ 2008\2830); STS (1ª) 3 julio 2008 (RJ 2008\3322); STS (1ª) 18 septiembre 2008 (RJ 2008\5520); STS (1ª) 2 diciembre 2009 (RJ 2009\701).

ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del peregrinaje enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos –la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la evitación de dilaciones indebidas–».

Este criterio se mantiene igualmente en la STS (1ª) 15.10.2009 (RJ 2009\5576), donde se destaca que lo que se plantea en el caso es la oportunidad de aplicar la doctrina de la STS (1ª) 15.1.2008 a procesos iniciados al amparo una normativa procesal interpretada de forma distinta, cuando en ninguna instancia se había alegado la posible incompetencia de la jurisdicción civil. El nuevo enfoque (irretroactivo) se consolida a partir de la STS (1ª) 9.3.2010 (RJ 2010\3787), en la que se afirma con claridad: «Aunque esta Sala haya examinado de oficio su competencia en asuntos referidos a los accidentes laborales por los que se reclamaba [SSTS 17 de noviembre (RJ 2008\7706) y 15 de diciembre 2008 (RJ 2009\673) , entre otras), es preciso tener en cuenta ahora que la doctrina referida la ha matizado recientemente la STS de 11 de septiembre de 2009 (RJ 2009\4586), la cual se pronuncia acerca de la *inoportunidad de aplicarla a procesos, como el presente, iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta*. Según resulta de esta Sentencia, las razones apuntadas hasta entonces por la doctrina que emana de la de 15 de enero de 2008 (RJ 2008\1394) no constituyen motivo suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de *un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto, siendo además la solución de apreciar de oficio la falta de jurisdicción, en casos como el de autos, contraria a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se compadece con esa tutela que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de siete años desde que se interpuso la demanda, se declare inadmisibile en la jurisdicción en la que había sido planteada vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y a la evitación de dilaciones indebidas*». En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la STS (1ª) 20.10.2011 (JUR 2011\368876).

VII. CONCLUSIONES

I.- En los casos de posible concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual, la jurisprudencia del TS sigue siendo poco clara, estando condicionada la solución final por razones de justicia material. Uno de los principales problemas sigue siendo el del diferente plazo prescriptivo recogido en los arts. 1964 y 1968 CC. Sería aconsejable una unificación en los plazos de prescripción, si bien con ello no se eliminarían todos los posibles conflictos.

El TS ha utilizado indistintamente las teorías de la sustanciación y la teoría de la individualización, si bien el mantenimiento mayoritario de la primera ha ido unido al discutido principio de la unidad de la culpa civil.

II.- La LEC ha introducido cambios sustanciales en la materia al configurar el objeto del proceso. Ya no cabe utilizar sin más el aforismo *da mihi factum et dabo tibi ius*. Es al perjudicado a quien se atribuye la carga de pedir la tutela que pretende, determinarla con la suficiente precisión, alegar y probar los hechos, y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de dicha tutela.

La LEC ha configurado la *causa petendi* de una manera que no permite interpretar el *iura novit curia* como ha pretendido el TS en numerosas ocasiones. El fundamento de pedir, o *causa petendi* viene conformado por un elemento fáctico y un elemento jurídico. El elemento fáctico está constituido por el relato de los hechos, subsumibles en la norma jurídica. El elemento jurídico no es, o no es solamente, la concreta norma que pueda resultar aplicable, sino que está formado a su vez por dos subelementos. Por un lado, el *enfoque o título jurídico*, es decir, la calificación jurídica, *fundamento jurídico*, o razonamiento jurídico, que no es más que el conjunto de consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela solicitada sea esa y no otra distinta. Y, por otro, el *elemento puramente normativo* de esa calificación o punto de vista jurídico, o *fundamentación*, es decir, las simples citas legales que apoyan la calificación jurídica. El único que conforma la libertad del Tribunal recogida en el *iura novit curia* (o su equivalente *da mihi factum et dabo tibi ius*) es el que hemos calificado de elemento puramente normativo: las citas legales en que se apoya la calificación jurídica hecha por el actor. El principio *iura novit curia* no permite al Tribunal apartarse del fundamento jurídico que se ha hecho valer por las partes, si bien

puede resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (art. 218 LEC)

En mi opinión, la LEC consagra en el art. 218 de una manera clara la teoría de la individualización, lo que se confirma si se analiza la regla preclusiva recogida en el art. 400 LEC a los efectos de un nuevo proceso. De ambos preceptos cabe extraer la siguiente conclusión: El Tribunal no puede cambiar el título jurídico esgrimido por la partes, porque en ese caso incurriría en incongruencia, pero lo que sí puede hacer es aplicar las normas que conoce, aunque se hubieran alegado erróneamente por las partes, siempre que con ello no modifique el verdadero fundamento de la pretensión

III.- A los efectos de un ulterior proceso en el que se pida lo mismo que en uno anterior, el art. 400.1 LEC impide que ese proceso llegue a su fin, cerrando la posibilidad de un goteo de reclamaciones y exigiendo un mayor grado de precisión al identificar la acción esgrimida. Si lo que se pide en la demanda su pudo fundar en distintos hechos o fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior, pues, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste (art. 400.2 LEC).

Los efectos procesales de la litispendencia se producen desde la interposición de la demanda. Y entre estos efectos está el de prohibir la modificación del objeto del proceso. La prohibición de la *mutatio libelli* afecta tanto a las partes como al Tribunal. Si se pudiera cambiar a lo largo del proceso lo que se pide o la razón por la que se pide, se produciría una clara indefensión para el demandado, que se encontraría ante la imposibilidad procesal de ejercer su derecho de defensa en las condiciones más propicias.

IV.- Al tratar la responsabilidad civil, discernir si estamos ante una única acción o una ante diversidad de acciones depende de cómo ha configurado el legislador el objeto del proceso y la *causa petendi*. Partiendo de la existencia de responsabilidad contractual y extracontractual como categorías diferentes, parece claro que, ante un supuesto concreto de existencia de daños, los sujetos son los mismos, e igualmente lo que se pide, ya que se trata de reparar el daño causado. Si la responsabilidad civil hace nacer dos acciones diferentes, una contractual y otra extracontractual, es porque difieren en la *causa petendi*. Son los distintos fundamentos y consecuencias

jurídicas los que delimitan la acción en cada caso, y los que hacen que esa acción sea la basada en culpa contractual o en culpa extracontractual. Al ser éste el elemento identificador de una u otra acción, es al actor a quien corresponde concretar la calificación jurídica, o *fundamento jurídico*, y al Juez decidir en función de lo que se le haya planteado, porque no puede modificar los términos del debate, ya que podría incurrir en *mutatio libelli* y provocar indefensión.

V.- Cuando la responsabilidad en que se haya podido incurrir tiene una clara naturaleza contractual o extracontractual, el perjudicado sólo tiene en sus manos una acción, que se corresponderá con el régimen que corresponda aplicar en función de la existencia o no de una relación contractual entre las partes.

Si el demandante es consciente de haber articulado la acción incorrecta, mientras no se haya producido la contestación a la demanda, puede proceder a una ampliación de la demanda. El actor puede por esta vía ampliar la demanda formulando la acción correcta (contractual o extracontractual) y desistir de la planteada equivocadamente. Y tiene igualmente la posibilidad de solicitar una acumulación eventual o subsidiaria de acciones, porque en este caso no se precisa que las acciones sean compatibles entre sí. En caso contrario, el Tribunal no puede basarse en el *iura novit curia* para modificar el enfoque o título jurídico de la *causa petendi*, porque se lo impide el art. 218 LEC.

El TS venía enfocando correctamente el problema, hasta que empezó a contaminarse con la doctrina de la unidad de la culpa civil, cuya finalidad no es otra que la justicia del caso concreto en los supuestos en que el actor ha equivocado su acción. Cuando el actor plantea la acción correcta el TS prescinde de la doctrina de la unidad de la culpa civil. Si el Juez o Tribunal se basara en el *iura novit curia* para modificar el enfoque o título jurídico de la *causa petendi* estaría incurriendo en incongruencia.

VI.- En los casos de zonas grises, cuando pueden plantearse dudas sobre la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual, se reconoce al perjudicado la posibilidad de optar entre una u otra acción: estamos ante un concurso propio de acciones, ya que partiendo de unos mismos hechos, el perjudicado puede accionar con la fundamentación jurídica que le ofrecen los arts. 1101 y ss. CC, o con la de los arts. 1902 y ss. CC. En este concurso propio las acciones coinciden en los sujetos y en el *petitum*, y se diferencian por la *causa petendi*. El actor dispone aquí de

dos acciones concurrentes y, para conseguir el mismo fin (la reparación del daño), puede optar por la acción que le resulte más ventajosa, porque es él quien fija el objeto del proceso.

Si el perjudicado elige una de las acciones, ya no puede modificarla a lo largo del proceso. Ante el peligro que entraña optar por una u otra acción lo que sí puede hacer el perjudicado es ejercitar acumuladamente las dos acciones. Existiendo concurso de acciones, cabe procesalmente una *acumulación de pretensiones*. No cabe utilizar la figura de la *acumulación simple*, porque el actor no puede pretender que se le conceda tanto lo pedido en una como en otra acción.

Sí es posible una *acumulación eventual o subsidiaria* por la vía del art. 71.4 LEC: el actor solicita una concreta tutela jurídica como acción principal y, subsidiariamente, ante la *eventualidad* de que la misma sea rechazada, ejercita la otra. No cabe, en cambio, la denominada *acumulación alternativa*, en la no es el actor quien señala una como principal, sino que es el Juez quien debe pronunciarse, eligiendo la que considere procedente.

VII.- En los casos de solidaridad pasiva no existe litisconsorcio necesario, por lo que el perjudicado dispone del *ius electionis* y del *ius variandi* (salvo que legalmente sea privado de este último). Cabe, no obstante, el litisconsorcio voluntario, cuando el perjudicado acumule subjetivamente las acciones frente varios causantes del daño.

Si legalmente es posible el *ius variandi*, el hecho de haber demandado a uno de los posibles causantes del daño no impide que se demande posteriormente a otro u otros. No se produce en estos casos litispendencia ni cosa juzgada, lo que puede dar lugar a sentencias contradictorias, pues las excepciones que se opongan por los demandados pueden ser diferentes.

No cabe la ejecución frente a los deudores solidarios que no hayan sido parte en el proceso. Cuando la sentencia de condena se ha obtenido frente a varios deudores solidarios, el ejecutante conserva el *ius variandi* frente a éstos a efectos de la ejecución.

VIII.- Los supuestos denominados de solidaridad impropia siguen planteado el problema de que dicha solidaridad es creada por el propio pronunciamiento judicial. A efectos del ejercicio del *ius variandi* la inexistencia de litispendencia y cosa juzgada es, si cabe, más clara que en los supuestos de solidaridad de origen contractual. Los casos más complejos son aquellos en que existe una pluralidad de causantes materiales del daño. Cuando no es posible determinar qué parte del daño se debe a la actuación

de cada uno de los responsables, parece aconsejable la acumulación subjetiva de acciones, demandando a todos los posibles causantes del daño pues, en caso contrario, la sentencia de condena sólo podría cubrir parte del daño.

La doctrina del TS sobre la interpretación del art. 1974 CC en los casos de solidaridad impropia es clara: la solidaridad nace de la sentencia por lo que la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y sólo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes. Es criticable, sin embargo, que se reconozca la existencia de supuestos en que sí puede producirse el efecto interruptivo: cuando por razones de conexidad o dependencia se pueda presumir el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre y cuando el sujeto afectado haya sido también demandado. Si tenemos en cuenta que ese dato sólo de conoce tras la sentencia, parece aconsejable interrumpir la prescripción de manera individual frente a cada uno de los posibles causantes del daño, al menos por la vía de la reclamación extrajudicial.

IX.- El art. 217.6 LEC no permite a Jueces y Tribunales invertir la carga de la prueba mientras no exista una disposición legal que expresamente lo reconozca. No es posible dicha inversión ni siquiera en los casos de daño desproporcionado. A partir de 2005 se observa en la jurisprudencia de la Sala Primera del TS un claro regreso a la teoría de la responsabilidad por culpa o subjetiva. Paralelamente se ha venido a sustituir el argumento de la inversión de la carga de la prueba por el de la facilidad probatoria a que se refiere el art. 217.7 LEC que, aunque puede conducir a resultados similares, no supone en rigor una inversión de la carga probatoria.

X.- La LEC no proscribe la posibilidad de dictar sentencias con reserva de liquidación, pero la restringe enormemente. La nueva regulación de los arts. 209.4º y 219 LEC pretende poner coto al empleo abusivo de las denominadas condenas con reserva, habitual en el ámbito de las reclamaciones de daños y perjuicios. El actor ya no puede limitarse en la demanda a solicitar una sentencia mero declarativa del derecho a percibir daños y perjuicios, sino que debe solicitar la condena al pago, bien cuantificando exactamente el importe, bien fijando con claridad las bases de liquidación.

XI.- Continúan existiendo problemas a la hora de determinar la jurisdicción competente para reclamar determinados daños.

a) *Jurisdicción Penal*: Según el art. 112 LECrim cuando se ejercita sólo la acción penal, se entiende utilizada también la civil, a no ser que el

perjudicado la renuncie o la reserve expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio penal. No obstante, la Sala Segunda del TS considera que, aunque no exista renuncia expresa del perjudicado a la acción de responsabilidad civil, el Tribunal sólo puede pronunciarse acerca de la misma si existe una pretensión expresa del propio perjudicado o del Ministerio Fiscal. Aparte de lo anterior, la jurisprudencia sigue defendiendo, en función de las circunstancias, que la acción civil derivada del delito está sujeta al plazo de prescripción de quince años previsto en el art. 1964 CC. En mi opinión, para el ejercicio de la acción civil, separadamente de la penal, el plazo de prescripción debería ser el de un año del art. 1968.2 CC, siendo indiferente que el resultado del proceso penal haya sido la absolución, el sobreseimiento o la condena. La responsabilidad civil derivada del delito debería tener el mismo tratamiento que la responsabilidad civil extracontractual, porque la responsabilidad civil que se puede apreciar en un proceso penal es la misma responsabilidad civil extracontractual del art. 1093 CC, aunque el Juez penal tenga competencia para pronunciarse sobre esta última.

b) *Jurisdicción Contencioso-Administrativa*: Las últimas reformas introducidas en la LOPJ y en la LJCA han dejado claro que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se debe suscitar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive: La Administración Pública no puede ser demandada ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurra con particulares o cuente con un seguro de responsabilidad. No obstante, el legislador parece haber pensado sólo en que las compañías aseguradoras van a ser siempre parte codemandada junto con la Administración a la que aseguren. Cundo sólo se ejercita la acción directa frente a la aseguradora, sin demandar a la vez a la Administración causante del daño, sigue manteniéndose la competencia de la jurisdicción civil.

c) *Jurisdicción Social*: Tras varios años de criterios jurisprudenciales cambiantes, la Sala de lo Civil del TS ha unificado parcialmente su criterio con la Sala de lo Social. La STS (Civil) de 15 de enero de 2008 considera que cuando se reclama frente al empresario una indemnización por un accidente de trabajo que se ha producido como consecuencia de la infracción de una obligación de seguridad, la competencia corresponde al orden jurisdiccional social. Se entiende así que existe incumplimiento del contrato de

trabajo en aquellos casos en que se vulneren las normas voluntarias, colectivas o legales, reguladoras del mismo, debiendo considerarse que las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores forman parte del contenido del contrato de trabajo. Resulta, en cambio, criticable que el cambio de criterio haya podido aplicarse por el TS a procesos iniciados al amparo una normativa procesal interpretada de forma distinta, cuando en ninguna instancia se había alegado la posible incompetencia de la jurisdicción civil.

No obstante, el problema no ha quedado zanjado porque la Sala primera sigue manteniendo la competencia del orden jurisdiccional civil cuando se demanda, junto con el empresario, a personas ajenas al contrato de trabajo. Teniendo en cuenta que la Sala de lo Social del TS también acepta su competencia respecto a estas acciones, nos encontramos en estos casos ante una jurisdicción electiva. Aparte de la diferente manera de valorar la negligencia del empresario, las discrepancias afectan al *quantum* indemnizatorio (más generoso en el orden civil), ya que la Sala Primera considera que la cuantía total de la indemnización es independiente de las prestaciones de la Seguridad Social, por lo que éstas no deben tenerse en cuenta a la hora de fijar su importe, mientras que para la Sala Cuarta tales prestaciones se deben descontar del total de la indemnización. Ambas jurisdicciones muestran un criterio coincidente en cuanto al «recargo de prestaciones» correspondiente empresario, que no puede ser descontado teniendo en cuenta su naturaleza asimilada a una sanción. Sería deseable que legislativamente se reconociera la competencia única del orden jurisdiccional social en estos casos.

XII.- Los problemas de jurisdicción competente van más allá atribuir a un determinado orden jurisdiccional la competencia para decidir sobre una determinada reclamación. Las diferentes leyes procesales no configuran el objeto del proceso de la misma manera. En los casos en que es posible hablar de una jurisdicción electiva (entre el orden social y el civil), debe tenerse presente que la Ley 36/2011 acoge la teoría de la sustanciación y el *iura novit curia* lo abarca todo, pues el art. 80.1 LPL sólo exige la *enumeración clara y concreta de los hechos* sobre los que verse la pretensión, y la *súplica* correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada. Por eso en esta jurisdicción las partes pueden comparecer por sí mismas, sin necesidad de Abogado y Procurador (art. 18.1 de la Ley 36/2011).

VIII. RELACIÓN DE SENTENCIAS

- STS (1ª) de 10 de julio de 1943 (*RJ* 1943\856).
- STS (1ª) de 20 de marzo de 1945 (*RJ* 1945\287).
- STS (1ª) de 24 de marzo de 1953 (*RJ* 1953\913), ponente: Excmo. Sr. D. Celestino Valledor.
- STS (1ª) de 19 de mayo de 1958 (*RJ* 1958\1746), ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Domínguez de Molina.
- STS (1ª) de 4 de noviembre de 1961 (*RJ* 1961\4975), ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca.
- STS (1ª) de 30 de octubre de 1963 (*RJ* 1963\4231), ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Gimeno Fernández.
- STS (1ª) de 10 de febrero de 1966 (*RJ* 1966\450), ponente: Excmo. Sr. D. Jacinto García Monge y Martín.
- STS (1ª) de 26 de abril de 1966 (*RJ* 1966\2164), ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Aguado González.
- STS (1ª) de 3 de noviembre de 1966 (*RJ* 1966\4838), ponente: Excmo. Sr. D. Jacinto Ogayar y Ayllón.
- STS (1ª) 3 de octubre de 1967 (*RJ* 1967\4986), ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Aguado González.
- STS (1ª) de 22 de diciembre de 1967 (*RJ* 1968\338), ponente: Excmo. Sr. D. Julio Calvillo Martínez.
- STS (1ª) de 23 de marzo de 1968 (*RJ* 1968\1840), ponente: Excmo. Sr. D. Julio Calvillo Martínez.
- STS (1ª) de 3 de mayo de 1968 (*RJ* 1968\2738), ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca.
- STS (1ª) de 24 de junio de 1969 (*RJ* 1969\3635), ponente: Excmo. Sr. D. . Antonio Peral García.
- STS (1ª) de 11 de marzo de 1971 (*RJ* 1971\1234), ponente: Excmo. Sr. D. Federico Rodríguez Solano y Espín.
- STS (1ª) de 29 de abril de 1977 (*RJ* 1977\1698), ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Martínez.
- STS (1ª) de 28 de septiembre de 1977 (*RJ* 1977\3521), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.
- STS (1ª) de 17 de noviembre de 1980 (*RJ* 1980\4206), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.
- STS (1ª) de 30 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980\4815), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.
- STS (1ª) de 5 de enero de 1982 (*RJ* 1982\182), ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Gallardo Ros.
- STS (1ª) de 9 de marzo de 1983 (*RJ* 1983\1463), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García.
- STC 20/1982, de 5 de mayo (*RTC* 1982\20), ponente: Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.
- STS (1ª) de 25 de mayo de 1983 (*RJ* 1983\2912), ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas.
- STS (1ª) de 5 de julio de 1983 (*RJ* 1983\4072), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García.
- STS (1ª) de 14 de octubre de 1983 (*RJ* 1983\5326), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García.
- STS (1ª) de 18 de octubre de 1983 (*RJ* 1983\5332), ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso.
- STS (1ª) de 26 de enero de 1984 (*RJ* 1984\386), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.
- STS (1ª) de 21 de marzo de 1984 (*RJ* 1984\1315), ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba.
- STS (1ª) de 10 de mayo de 1984 (*RJ* 1984\2405), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.
- STS (1ª) de 19 de junio de 1984 (*RJ* 1984\3250), ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso.
- STS (1ª) de 9 de julio de 1984 (*RJ* 1984\3801), ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno.

STS (1ª) de 9 de julio de 1984 (*RJ* 1984\3802), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

STS (1ª) de 28 de diciembre de 1984 (*RJ* 1984\6111), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui.

STS (1ª) de 9 de enero de 1985 (*RJ* 1985\167), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

STS (1ª) de 28 de mayo de 1985 (*RJ* 1985\2818), ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno.

STC 177/1985, de 18 de diciembre (*RTC* 1985\177), ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Escudero del Corral.

STS (1ª) de 2 de junio de 1986 (*RJ* 1986\3284), ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández.

STC 77/1986, de 12 junio (*RTC* 1986\77), ponente: Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

STC 78/1986, de 13 de junio (*RTC*1986\78), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa.

STS (1ª) de 13 de octubre de 1986 (*RJ* 1986\5787), ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Carretero Pérez.

STS (1ª) de 16 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986\7447), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

STS (1ª) de 24 de marzo de 1987 (*RJ* 1987\1720), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons.

STS (1ª) 26 de mayo de 1988 (*RJ* 1988\4335), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons.

STS (1ª) de 8 de octubre de 1988 (*RJ* 1988\7393), ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas.

STS (1ª) de 21 de octubre de 1988 (*RJ* 1988\8265), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

STS (1ª) de 3 de febrero de 1989 (*RJ* 1989\659), ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

STC 125/1989, de 12 julio (*RTC* 1989\125), ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas.

STS (4ª) de 6 de octubre de 1989 (*RJ* 1989\7120), ponente: Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López.

STS (1ª) de 7 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989\8806), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.

STC 95/1990, de 23 mayo (*RTC* 1990\95), ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

STS (1ª) de 8 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990\8534), ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

STS (4ª) de 15 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990\8575), ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.

STS (3ª) de 12 de marzo de 1991 (*RJ* 1991\6306), ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende.

STS (3ª) de 13 de marzo de 1991 (*RJ* 1991\1762), ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho.

STS (3ª) de 15 de marzo de 1991 (*RJ* 1991\2489), ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar.

STS (1ª) de 1 de junio de 1991 (*RJ* 1991\4405), ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

STS (1ª) de 10 de junio de 1991 (*RJ* 1991\4434), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (3ª) de 22 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991\8844), ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar.

STS (1ª) de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991\9279), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

STC 124/1992, de 28 septiembre (*RTC* 1992\124), ponente: Excmo. Sr. D. Fernando García-Mon y González Regueral.

STS (1ª) de 6 octubre de 1992 (*RJ* 1992\7529), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

STS (1ª) de 15 de febrero de 1993 (*RJ* 1993\771), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

STS (1ª) de 24 de febrero de 1993 (*RJ* 1993\1247), ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe.

STS (1ª) de 17 de marzo de 1993 (*RJ* 1993\2018), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

STS (1ª) de 10 de mayo de 1993 (*RJ* 1993\3532), ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López.

STS (1ª) de 21 de mayo de 1993 (*RJ* 1993\3722), ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

STS (1ª) de 8 de junio de 1993 (*RJ* 1993\4469), ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

STS (1ª) de 23 de junio de 1993 (*RJ* 1993\4722), ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe.

STS (1ª) de 9 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993\8975), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 4 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\9832), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

ATS de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 23 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\10131), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo.

STS (1ª) de 1 de febrero de 1994 (*RJ* 1994\854), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 7 de febrero de 1994 (*RJ* 1994\919), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

STS (3ª) de 15 de febrero de 1994 (*RJ* 1994\890), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Manuel Sanz Bayón.

ATS de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 4 de abril de 1994 (*RJ* 1994\3196), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente.

STS (1ª) de 20 de julio de 1994 (*RJ* 1994\5553), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 29 de noviembre de 1994 (*RJ* 1994\9165), ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

STS (1ª) de 9 de marzo de 1995 (*RJ* 1995\1848), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

STS (1ª) de 19 de abril de 1995 (*RJ* 1995\3428), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

STS (1ª) de 25 de mayo de 1995 (*RJ* 1995\4128), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

STS (1ª) de 26 de mayo de 1995 (*RJ* 1995\4129), ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

STS (1ª) de 10 de julio de 1995, (*RJ* 1995\5561), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

STS (1ª) de 18 de octubre de 1995 (*RJ* 1995\7544), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

STS (1ª) de 4 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995\9158), ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

STC 180/1995, de 11 de diciembre (*RTC* 1995\180), ponente: Excmo. Sr. D. Tomás S. Vives Antón.

STS (1ª) de 10 de febrero de 1996 (*RJ* 1996\866), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 11 de mayo de 1996 (*RJ* 1996\3874), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 20 de mayo de 1996 (*RJ* 1996\3793), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STC 79/1996, de 20 de mayo (*RTC* 1996\79), ponente: Excmo. Sr. D. Tomás S. Vives Antón.

ATS de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 10 de junio de 1996 (*RJ* 1996\9676), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

STS (1ª) de 8 de julio de 1996 (*RJ* 1996\5663), ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

STS (1ª) de 19 de julio de 1996 (*RJ* 1996\5802), ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

STS (1ª) de 15 de octubre de 1996 (*RJ* 1996\7112), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

STS (1ª) de 2 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996\8938), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 13 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996\8978), ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

STS (1ª) de 13 de febrero de 1997 (*RJ* 1997\701), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

STS (1ª) de 18 de febrero de 1997 (*RJ* 1997\1240), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 9 de abril de 1997 (*RJ* 1997\2875), ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (1ª) de 12 de mayo de 1997 (*RJ* 1997\3835), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

STS (3ª) de 19 de mayo de 1997 (*RJ* 1997\3962), ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Goded Miranda.

STS (1ª) de 9 de junio de 1997 (*RJ* 1997\4731), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

STS (1ª) de 11 de junio de 1997 (*RJ* 1997\4740), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

STS (1ª) de 12 de junio de 1997 (*RJ* 1997\4769), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (1ª) de 27 de junio de 1997 (*RJ* 1997\5400), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 22 de julio de 1997 (*RJ* 1997\6156), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (1ª) de 7 de octubre de 1997 (*RJ* 1997\7102), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

STS (1ª) de 20 de octubre de 1997 (*RJ* 1997\7272), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (3ª) de 20 de octubre de 1997 (*RJ* 1997\7254), ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas.

STS (3ª) de 5 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997\8298), ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas.

STS (1ª) de 11 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997\7871), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

STS (1ª) de 24 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997\8905), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

STS (1ª) de 26 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997\9663), ponente: Excmo. Sr. D. D. Francisco Morales Morales.

STS (1ª) de 31 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997\9410), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STC 9/1998, de 13 de enero (*RTC* 1998\9), ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

STS (1ª) de 28 de enero de 1998 (*RJ* 1998\357), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (4ª) de 2 de febrero de 1998 (*RJ* 1998\3250), ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Manuel Cachón Villar.

STS (1ª) de 9 de febrero de 1998 (*RJ* 1998\878), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

STS (1ª) de 10 de febrero de 1998 (*RJ* 1998\612), ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López.

STS (1ª) de 10 de febrero de 1998 (*RJ* 1998\979), ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

STS (1ª) de 19 de febrero de 1998 (*RJ* 1998\634), ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

STS (1ª) de 9 de marzo de 1998 (*RJ* 1998\1270), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

STS (1ª) de 20 de marzo de 1998 (*RJ* 1998\1708), ponente Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

STS (1ª) de 6 de mayo de 1998(*RJ* 1998\2934), ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López.

STS (1ª) de 13 de mayo de 1998(*RJ* 1998\4028), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (1ª) de 9 de junio de 1998 (*RJ* 1998\3717), ponente: Excmo. Sr. D. JoséAlmagro Nosete.

STS (1ª) de 18 de junio de 1998 (*RJ* 1998\5290), ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

STS (4ª) de 23 de junio de 1998 (*RJ* 1998\5787), ponente: Excmo. Sr. D. D. Luis Gil Suárez.

STS (1ª) de 8 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998\7548), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 13 de octubre de 1998 (*RJ* 1998\8373), ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (1ª) de 24 de noviembre de 1998 (*RJ* 1998\9694), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

STS (1ª) de 30 de noviembre de 1998 (*RJ* 1998\8785), ponente: Excmo. Sr. D. D. Román García Varela.

STS (4ª) de 10 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998\10501), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús González Peña.

STS (1ª) de 18 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998\9642), ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

STS (1ª) de 19 de noviembre de 1998 (*RJ* 1998\9645), ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS (3ª) de 23 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998\10381), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Hernando Santiago

STS (1ª) de de 28 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998\10161), ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS (1ª) de 26 de enero de 1999 (*RJ* 1999\323), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 1 de febrero de 1999 (*RJ* 1999\745), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

STS (1ª) de 12 de marzo de 1999 (*RJ* 1999\2253), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 8 de abril de 1999 (*RJ* 1999\2660), ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de Cuesta.

STS (1ª) de 10 de abril de 1999 (*RJ* 1999\2607), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

STS (1ª) de 3 de mayo de 1999 (*RJ* 1999\3426), ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (1ª) de 14 de mayo de 1999 (*RJ* 1999\3106), ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

STC 89/1999, de 26 de mayo (*RTC* 1999\89), ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

STS (1ª) de 13 de julio de 1999 (*RJ* 1999\5046), ponente: Excmo. Sr. D. D. Román García Varela.

STS (2ª) de 1 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999\7184), ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García.

STS (1ª) de 10 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999\8057), ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (3ª) de 19 de noviembre de 1999 (*RJ* 2000\2836), ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cancero Lalanne.

STS (1ª) de 30 de noviembre 1999 (*RJ* 1999\8287), ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (1ª) de 9 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999\8173), ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela

STS (1ª) de 31 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999\9622), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (1ª) de 21 de enero de 2000 (*RJ* 2000\225), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (1ª) de 8 de febrero de 2000 (*RJ* 2000\842), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 11 de febrero de 2000 (*RJ* 2000\673), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

STS (1ª) de 12 de febrero de 2000 (*RJ* 2000\820), ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez–Calcerada y Gómez.

STC 36/2000, de 14 de febrero (*RTC* 2000\36), ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

STS (1ª) de 2 de marzo de 2000 (*RJ* 2000\1306), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) de 7 de marzo de 2000 (*RJ* 2000\1508), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STC 82/2000, de 27 de marzo (*RTC* 2000\82), ponente: Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer.

STS (1ª) de 6 de abril de 2000 (*RJ* 2000\2508), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) de 24 de abril de 2000 (*RJ* 2000\3378), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 31 de mayo de 2000 (*RJ* 2000\5089), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (1ª) de 26 de mayo de 2000 (*RJ* 2000\3497), ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

STC 182/2000, de 10 julio (*RTC* 2000\182), ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende.

STS (1ª) de 21 de julio de 2000 (*RJ* 2000\5500), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (4ª) de 2 de octubre de 2000 (*RJ* 2000\9673), ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

STS (1ª) de 13 de octubre de 2000 (*RJ* 2000\7727), ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS (1ª) de 23 de octubre de 2000 (*RJ* 2000\9197), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (3ª) de 26 de octubre de 2000, (*RJ* 2000\8582), ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona.

STS (1ª) de 28 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000\9303), ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez–Pereda Rodríguez.

STS (1ª) de 13 de marzo de 2001 (*RJ* 2001\5973), ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

ATS (1ª) de 20 de marzo de 2001 (*JUR* 2001\128262), ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

STS (1ª) de 8 de mayo de 2001 (*RJ* 2001\7379), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (1ª) de 11 de junio de 2001 (*RJ* 2001\5674), ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Marín Castán.

STS (1ª) de 19 de julio de 2001 (*RJ* 2001\5561), ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes.

STS (1ª) de 8 de octubre de 2001 (*RJ* 2001\7551), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) de 9 de octubre de 2001(*RJ* 2001\8731), ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

STS (1ª) de 25 de octubre de 2001 (*RJ* 2001\8671), ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

SAP Barcelona (Sección 16ª) de 13 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002\20520), Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas.

STS (1ª) de 11 de diciembre de 2001(*RJ* 2002\2711), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (1ª) de 20 de diciembre de 2001 (*RJ* 2001\9374), ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

STS (1ª) de 12 de marzo de 2002 (*RJ* 2002\5694), ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calce-rada y Gómez.

STS (1ª) de 12 de abril de 2002 (*RJ* 2002\2607), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán

STS (1ª) de 13 de mayo de 2002 (*RJ* 2002\5595), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 17 de junio de 2002 (*RJ* 2002\5223), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 21 de octubre de 2002 (*RJ* 2002\8770), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ba-llesteros.

STS (1ª) de 29 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002\10399), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 29 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002\10404), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (1ª) de 30 de enero de 2003 (*RJ* 2003\931), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Mu-ñoz.

STS (1ª) de 31 de enero de 2003 (*RJ* 2003\646), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Mu-ñoz.

STS (1ª) de 4 de febrero de 2003 (*RJ* 2003\844), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (4ª) de 7 de febrero de 2003 (*RJ* 2003\1828), ponente: Excmo. Sr. D. José María Botana López.

STS (1ª) de 13 de febrero de 2003 (*RJ* 2003\1013), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (1ª) de 14 de marzo de 2003 (*RJ* 2003\3645), ponente: Excmo. Sr. D. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 8 de abril de 2003 (*RJ* 2003\2956), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

STS (3ª) de 8 de abril de 2003 (*RJ* 2003\3685), ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas.

STS (1ª) de 15 de abril de 2003 (*RJ* 2003\3713), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 16 de abril de 2003 (*RJ* 2003\3718), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (1ª) de 5 de junio de 2003 (*RJ* 2003\4124), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (3ª) de 12 de junio de 2003 (*RJ* 2003\8844), ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez.

STS (1ª) 28 de junio de 2003 (*RJ* 2003\5989), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (1ª) de 7 de julio de 2003 (*RJ* 2003\4332), ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

STS (1ª) de 24 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003\6204), ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

ATS (1ª) de 30 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003\253393), ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

STS (1ª) de 29 de octubre de 2003 (*RJ* 2003\7773), ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

STS (4ª) de 1 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004\1168), ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

STS (1ª) de 23 de enero de 2004 (*RJ* 2004\50), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (1ª) de 30 de enero de 2004 (*RJ* 2004\439), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda

STS (1ª) de 8 de marzo de 2004 (*RJ* 2004\1815), ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

STS (1ª) de 26 de marzo de 2004 (*RJ* 2004\1668), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (1ª) de 7 de abril de 2004 (*RJ* 2004\2053), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 13 de abril de 2004 (*RJ* 2004\2620), ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

STS (1ª) de 6 de mayo de 2004 (*RJ* 2004\2696), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (1ª) de 24 de mayo de 2004 (*RJ* 2004\4033), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (1ª) de 4 de junio de 2004 (*RJ* 2004\3985), ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (1ª) de 18 de junio de 2004 (*RJ* 2004\3631), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ATS de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 28 de junio de 2004 (*JUR* 2005\135730), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (3ª) de 4 de julio de 2004 (*RJ* 2004\4850), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco González Navarro.

STC 130/2004, de 19 julio (*RTC* 2004\130), ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

STS (1ª) de 23 de septiembre de 2004 (*RJ* 2004\5890), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

ATS de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 18 de octubre de 2004 (*JUR* 2005\231280), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (2ª) de 19 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\7654), ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García.

STS (1ª) de 22 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004\8144), ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

STS (1ª) de 25 de enero de 2005 (*RJ* 2005\1160), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (1ª) de 30 de marzo de 2005 (*RJ* 2005\2618), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (1ª) de 31 de marzo de 2005 (*RJ* 2005\2743), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 8 de junio de 2005 (*RJ* 2005\4428), ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS (4ª) de 26 de junio de 2005 (*RJ* 2005\6765), ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.

STC 194/2005, de 18 julio (*RTC* 2005\194), ponente: Excma. Sra. Dª María Emilia Casas Baamonde.

STS (3ª) de 7 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005\8846), ponente: Excmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto.

STC 262/2005, de 24 octubre (*RTC* 2005\262), ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes.

STC 264/2005, de 24 octubre (*RTC* 2005\264), ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes.

STS (1ª) de 27 de octubre de 2005 (*RJ* 2005\8156), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 24 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005\111), ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

STS (1ª) de 30 de noviembre de 2005 (*RJ* 2006\81), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (1ª) de 14 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006\62), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) de 21 de diciembre de 2005 (*RJ* 2005\10147), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 16 de enero de 2006 (*RJ* 2006\416), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) de 21 de enero de 2006 (*RJ* 2006\2147), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STC 40/2006, de 13 febrero (*RTC* 2006\40), ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez.

STS (1ª) de 16 de febrero de 2006 (*RJ* 2006\720), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 6 de marzo de 2006 (*RJ* 2006\1574), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 17 de marzo de 2006 (*RJ* 2006\5637), ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

STS (1ª) de 30 de marzo de 2006 (*RJ* 2006\5291), ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS (1ª) de 4 de mayo de 2006 (*RJ* 2006\4060), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (1ª) de 8 de junio de 2006 (*RJ* 2006\3074), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 14 de junio de 2006 (*RJ* 2006\3074), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 20 de junio de 2006 (*RJ* 2006\4608), ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

STS (1ª) de 18 de julio de 2006 (*RJ* 2006\4947), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 27 de julio de 2006 (*RJ* 2006\6548), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 28 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006\6497), ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

STS (1ª) de 3 de octubre de 2006 (*RJ* 2006\6508), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 4 de octubre de 2006 (*RJ* 2006\6427), ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STC 285/2006, de 9 octubre (*RTC* 2006\285), ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes.

STS (2ª) de 10 de octubre de 2006 (*RJ* 2006\7705), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

STS (2ª) de 15 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006\8088), ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

STS (1ª) de 14 de diciembre de 2006 (*RJ* 2006\9733), ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS (1ª) de 14 de febrero de 2007 (*RJ* 2007\565), ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

ATS de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 28 de febrero de 2007 (*RJ* 2007\8689), ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá, con voto particular del Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (1ª) de 5 de marzo de 2007 (*RJ* 2007\1831), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STC 50/2007, de 12 marzo (*RTC* 2007\50), ponente: Excma. Sra. Dª María Emilia Casas Baamonde.

STS (2ª) de 30 de abril de 2007 (*RJ* 2007\4726), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

STS (1ª) de 16 de mayo de 2007 (*RJ* 2007\3112), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007\4973), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STC 132/2007, de 4 junio (*RTC* 2007\132), ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas.

STS (1ª) de 4 de junio de 2007 (*RJ* 2007\3612), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS (1ª) de 14 de junio de 2007 (*RJ* 2007\3519), ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

STS (1ª) de 10 de julio de 2007 (*RJ* 2007\5130), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (4ª) de 17 de julio de 2007 (*RJ* 2007\8300), ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández.

STS (1ª) de 19 de julio de 2007 (*RJ* 2007\4692), ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (1ª) de 9 de octubre de 2007 (*RJ* 2007\6809), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 19 de octubre de 2007 (*RJ* 2007\8257), ponente: Excmo. Sr. D. Encarnación Roca Trías.

STS (1ª) de 8 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007\8253), ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

STS (1ª) de 19 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007\9047), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008\1394), ponente: Excma. Sra. Dª Encarnación Roca Trías.

STS (1ª) de 17 de febrero de 2008 (*RJ* 2008\4032), ponente: Excma. Sra. Dª Encarnación Roca Trías.

STS (1ª) de 19 de febrero de 2008 (*RJ* 2008\5497), ponente: Excma. Sra. Dª Encarnación Roca Trías.

STS (1ª) de 28 de febrero de 2008 (*RJ* 2008\4035), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (1ª) de 28 de febrero de 2008 (*RJ* 2008\5212), ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STC 44/2008, de 10 marzo (*RTC* 2008\44), ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez.

STS (1ª) de 16 de abril de 2008 (*RJ* 2008\5771), ponente: Excma. Sra. Dª Encarnación Roca Trías.

STS (1ª) de 8 de mayo de 2008 (*RJ* 2008\2830), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STS (1ª) de 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008\4607), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 21 de mayo de 2008 (*RJ* 2008\4149), ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS (1ª) de 3 de julio de 2008 (*RJ* 2008\3322), ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS (1ª) de 17 de julio de 2008 (*RJ* 2008\4384), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

STS (1ª) de 23 de julio de 2008 (*RJ* 2008\7063), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 17 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008\5517), ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

STS (1ª) de 18 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008\5520), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STC 109/2008, de 22 de septiembre (*RTC* 2008\109), ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez.

STS (1ª) de 15 de octubre de 2008 (*RJ* 2008\7125), ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

STS (1ª) de 23 de octubre de 2008 (*RJ* 2008\5792), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 17 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008\6930), ponente: Excma. Sra. Dª Encarnación Roca Trías.

STS (1ª) de 19 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008\6931), ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STC 158/2008, de 24 de noviembre (*RTC* 2008\158), ponente: Excma. Sra. Dª María Emilia Casas Baamonde.

STS (1ª) de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2008\6945), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 4 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009\12), ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

STC 168/2008, de 15 de diciembre (*RTC* 2008\168), ponente: Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo.

STS (1ª) de 16 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009\673), ponente: Excma. Sra. Dª Encarna Roca Trías.

STS (1ª) de 16 de diciembre de 2008 (*RJ* 2008\6983), ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

STS (1ª) de 2 de marzo de 2009 (*RJ* 2009\1527), ponente: Excma. Sra. Dª Encarna Roca Trías.

STC 83/2009, de 25 de mayo (*RTC* 2009\83), ponente: Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio.

STS (1ª) de 11 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009\4586), ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

STS (1ª) de 15 de octubre de 2009 (*RJ* 2009\5576), ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

STS (1ª) de 1 de diciembre de 2009 (*RJ* 2009\1111), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 2 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010\701), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 9 de marzo de 2010 (*RJ* 2010\3787), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 24 de marzo de 2010 (*RJ* 2010\4346), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 15 de junio de 2010 (*RJ* 2010\5151), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS (1ª) de 28 de junio de 2010 (*RJ* 2010\5417), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STC 39/2010, de 19 de julio (*RTC* 2010\39), ponente: Excmo. Sr. D. Eugenio Gay Montalvo.

STS (1ª) de 22 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010\7135), ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

STS (3) de 22 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010\6715), ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

STC 91/2010, de 15 noviembre (*RTC* 2010\91), ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas.

STS (1ª) de 15 de noviembre de 2010 (*JUR* 2010), ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

STC 140/2010, de 21 de diciembre (*RTC* 2010\140), ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez.

STS (3ª) de 14 de enero de 2011 (*RJ* 2011\77), ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez

STS (3ª) de 18 de enero de 2011 (*RJ* 2011\803), ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

STS (3ª) de 18 de enero de 2011 (*RJ* 2011\804), ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

STS (3ª) de 18 de enero de 2011 (*RJ* 2011\805), ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

STS (3ª) de 18 de enero de 2011 (*RJ* 2011\806), ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

STS (3ª) de 18 de enero de 2011 (*RJ* 2011\807), ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

STS (3ª) de 24 de enero de 2011 (*RJ* 2011\892), ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

STS (1ª) de 9 de marzo de 2011 (*RJ* 2011\2760), ponente: Excma. Sra. Dª Encarnación Roca Trías.

STS (1ª) de 20 de octubre de 2011 (*JUR* 2011\368876), ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, C., «Comentario a los arts. 109 a 122 del Código Pena», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 443-488.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2004.
- ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, N. – ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *La condena en costas*, Madrid, 1930.
- ALEJANDRO Y TORRES, V., *Las costas y las tasas judiciales*, Ediciones Monte Casino, Zamora, 1974.
- ALONSO PÉREZ, M., «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, pp. 859 y ss.
- ARIAS LOZANO, D., «La llamada “condena con reserva”. Estudio del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civi », en *RGD*, 1996, pp. 11141-11172.
- ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, 5ª ed., Madrid, 2010.
- ARQUILLO COLET, B., «Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria», Working Paper núm. 181, *InDret*, 1-2004, pp. 1-30 (accesible en www.indret.com).
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I., ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *La culpa in contrayendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.
- «Responsabilidad Sanitaria», en DÍAZ-ALABART, S. y ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 177 y ss.
- «Responsabilidad civil médica», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, II, Parte especial primera, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 697-815.
- «Comentario a la STS de 16 de diciembre de 2008. Interrupción de la prescripción en la llamada solidaridad impropia», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 2 (2008), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 341-376.
- ATAZ LÓPEZ, J., «Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)», en CAFFARENA LAPORTA, J. – ATAZ LÓPEZ, J. (Coord.), *Las obligaciones solidarias*, Jornadas de Derecho Civil en Murcia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 75-166.
- «La solidaridad pasiva nacida de la responsabilidad civil. ¿A quién hay que demandar?», en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.), *Derecho de Daños*, Sepin, Madrid, 2011, pp.229-284.
- BARBANCHO TOBILLAS, F.J., *La reclamación judicial de la deuda solidaria*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- «El concepto “perjuicio” en la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios», *RCDI*, núm. 622, 1994, pp. 869 y ss.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad civil por daños causados en el suministro eléctrico*, Dykinson, Madrid, 2008.
- BARROS BOURIE, E., «Criterios de atribución de riesgos en materia contractual, un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», en BARROS BOURIE, E. – GARCÍA RUBIO, M.P. – MORALES MORENO, A.M., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 135-192.
- BECEÑA, F., «Costas en el procedimiento civil», en *RDP*, febrero 1922, pp. 33 y ss.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS 14.10.1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, pp. 993-1000.
- «Litisconsorcio pasivo necesario», *Aranzadi Civil*, 2005-I, pp. 2175-2177 (*BIB* 2005\857).
- «El dolo y la indemnización del daño moral», *Aranzadi Civil*, núm. 9/2011 (Comentario) [*BIB* 2010\2877].
- BLANCO GÓMEZ, J.J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Dykinson, Madrid, 1996.
- «La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 3, 2004, pp. 4-23.
- BUSTO LAGO, J.M., «La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de acciones de responsabilidad civil frente a una Administración Pública en el caso de existencia de seguro de responsabilidad civil», *Práctica de Derecho de Daños, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (Ed. La Ley), núm. 21, 2004, pp. 5-20.
- «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, III, Parte especial segunda, 4ªed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 873-1093.
- CABAÑAS GARCÍA, J.C. (Coord.), *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Trivium, Madrid, 2000.
- CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores*, Edersa, Madrid, 1980.
- «Comentario al art. 1144 CC», en VV.AA., *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 2ª ed, Madrid, 1993, pp. 137 y ss.
- «La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen», en CAFFARENA LAPORTA, J. – ATAZ LÓOZ, J. (Coord.), *Las obligaciones solidarias*, Jornadas de Derecho Civil en Murcia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 15-71.
- CALAMANDREI, P., «La condanna “generica” ai danni», en *Rivista di Diritto Procesuale Civile*, 1933, I, pp. 367 y ss.
- CARNELUTTI, F., «Condena genérica al resarcimiento del daño», en *Estudios de Derecho Procesal*, II, (traducción española de SENTÍS MELENDO, S.), Buenos Aires, 1952.
- CARRANCHO HERRERO, M.T., *Responsabilidad civil del empresario en el ámbito de los riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2010.
- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2000.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica», *La Ley*, núm. 6563, de 4 de octubre de 2006, pp. 1 y ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Derecho sustantivo», en CAVANILLAS MÚGICA, S- – TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 1 y ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, S- – TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

- CHIOVENDA, G., *La condena en costas*, (trad. por DE LA PUENTE QUIJANO, J.; notas y concordancias con el Derecho español de XIRAU, J.R.), Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I y II, 2ª ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- CORDÓN MORENO, F., «La sentencia de condena a indemnizar daños y perjuicios», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, núm. 8, 1984, pp. 41-64.
- «Comentario al art. 150 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 638-642.
- «Comentario al art. 542 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, 2ª ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 171-174.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. – GIMENO SENDRA, V. – MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 5ª ed, Colex, Madrid, 2003.
- CRESPO MORA, M.C., *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- DAMIÁN MORENO, J., «Comentario al art. 421 LEC», en LORCA NAVARRETE, A.M. (Dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Coord. *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2134-2137.
- DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, R., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 99 a 247)*, Comares, Granada, 2003.
- DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., «Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos», en MARTÍNEZ CALCERRADA, L. y DE LORENZO Y MONTERO, R. (dir.), *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*, I, Colex, Madrid, 2001, pp. 93 y ss.
- *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. – DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. – DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. – VEGAS TORRES, J. – BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.
- DE LA VEGA BENAYAS, C., «La presunción –necesaria– de justicia del fallo como base de la condena expresa en costas. (Conveniencia de la adopción del principio del vencimiento objetivo como regla general)», en *Revista de Derecho Procesal*, 1952, pp. 389 y ss.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «Comentario al art. 820 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, 2ª ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 1089-1092.
- DÍAZ MORENO, A. – MARTÍN HUERTAS, M.A., «Los criterios de imputación de la responsabilidad civil

- en los accidentes de trabajo: Comentario a la Sentencia del TS de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1394)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, pp. 355-371.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., «Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 205-234.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2007.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2008.
- *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V, *La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, Madrid, 2011.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Los riesgos laborales. Doctrina y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La acumulación de acciones en el proceso civil», en MARÍN CASTÁN, F. (Dir.), *El objeto del proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, Madrid, 1996, pp. 54 y ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al art. 72 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 649-655.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. – MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.) y EMPARANZA SOBEJANO, A. – PETIT LAVALL, M.V. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- ESCOLÀ I BESORA, M.A., «La acumulación de procesos», en ALONSO-CUEVILLA SAYROL, J. (Coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, I, *Economist&Jurist*, Barcelona, 2000, pp. 467-496.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, Civitas, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J., *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, La Ley, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., «Comentario al art. 217 LEC», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel – RIFÁ SOLER, José María – VALLAS GOMBAU, José Francisco (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, *Iurgium*, Barcelona, 2000, pp. 821-829.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R., «Alcance de la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas», en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.), *Derecho de Daños*, Sepin, Madrid, 2011, pp. 613-678.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. – DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal Civil*, III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

- FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid, 2001.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., «Vicisitudes de las obligaciones en los casos de pluralidad de deudores», en FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. (Dir.), *Extinción de las obligaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial – CGPJ, Madrid, 1996, pp. 535-668.
- FONS RODRIGUEZ, C., «La acumulación de acciones», en ALONSO-CUEVILLA SAYROL, J. (Coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, I, Economist&Jurist, Barcelona, 2000, pp. 445-464.
- GAMERO CASADO, E., «Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas», *La Ley*, 3/2004, pp. 1934-1939.
- GARCÍA GARNICA, M.C., «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», en ORTI VALLEJO, A. (Dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 199-280.
- GARCÍA RUBIO, M.P., «Comentario a la STS de 20 de mayo de 1998», *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1217 y ss.
- *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del Derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2010, pp. 1621-1632.
- «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en Derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BARROS BOURIE, E. – GARCÍA RUBIO, M.P. – MORALES MORENO, A.M., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 79-133.
- GARCÍA RUBIO, M.P. – OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret* 2/2010, pp. 1 y ss. (accesible en www.indret.com/code/getPdf.php?id=1373&pdf=731_es.pdf).
- GARCÍA VALDECASAS, G., «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», *RDP*, 1962, pp. 31 y ss.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración?: Sobre el alcance del artículo 146.2 de la Ley 30/1992», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, pp. 265-270.
- *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1998.
- GARNICA MARTÍN, J.F., «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual Problemas de Derecho sustantivo y procesal», *Poder Judicial*, núm. 50, 1998, pp. 317-368.
- «Comentario a los art. 14 y 222 LEC», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel – RIFÁ SOLER, José María – VALLAS GOMBAU, José Francisco (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Iurgium, Barcelona, 2000, pp. 207-229, 864-884».
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Colección LEC/2000, La Ley, Madrid, 2000.
- GÓMEZ CALLE, E., «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico sanitario», *ADC*, 1998, pp. 1693 y ss.

- «Comentario a la STS 6.5.1998», *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1177-1198.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», en *Indret*, 2/2001 (accesible en www.indret.com), pp. 1-11.
- «Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública», *Indret*, 3-2001, pp. 1-5.
- *Solidaridad y Derecho de Daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. – HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal, I, Derecho procesal Civil*, 4ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1955.
- GRANDE SEARA, P., *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, I, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- GUASP, J. – ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción, Parte General y Procesos Declarativos Ordinarios*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2002.
- GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario a los arts. 1137 a 1140 CC», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-2º, Edersa, Madrid, 1983, pp. 189 y ss.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. – LARENA BELDARRAIN, J. (Dir.), *El proceso civil. Parte general. El juicio verbal y el juicio ordinario*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- GUTIÉRREZ DE CAVIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, P., «Comentario al art. 14 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2ª ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 277-289.
- GUTIÉRREZ SANZ, M.R., «Los procesos declarativos ordinarios en primera instancia», en CABAÑAS GARCÍA, J.C. (Coord.), *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Triivium, Madrid, 2000, 281-421.
- HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J., «La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *Indret*, 4-2004, pp. 1-24 (accesible en www.indret.com).
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1994.
- Informe del CGPJ sobre «Siniestralidad laboral: análisis de la respuesta jurisdiccional», elevado al Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 17 de enero de 2007 [accesible en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords> (fecha de consulta 8 de febrero de 2011)].
- JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N., *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*, Tecnos, Madrid, 2011.
- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Triivium, Madrid, 1988.

- *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la “aestimaio rei” y el “id quod interest”*, Trivium, Madrid, 1999.
- «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 297 y ss., y en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, II, Universidad de Granada, Almería y Jaén, 2000, pp. 913 y ss.
- «La mal llamada (y peor entendida) responsabilidad civil ex delicto», *Práctica Derecho de Daños*, núm. 19, 2004, pp. 3 y ss.
- «Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de daños», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 443-478.
- «Comentario al art. 1092 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1190-1192.
- *Reflexiones sobre Derecho de Daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010.
- LÓPEZ FRAGOSO, T., «La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 487, de 24 de mayo de 2001, pp. 1 y ss.
- LÓPEZ MENUDO, F. – GUICHOT REINA, E. – CARRILLO DONAIRE, J.A., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «La acción directa contra la aseguradora de la Administración», *Revista de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 14, 2005, pp. 26 y ss.
- LUNA YERGA, A., «Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica», *InDret*, 2/2003, pp. 1 y ss.
- MANZANARES SECADES, A., «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, 1984, pp. 687-748.
- «Naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *ADC*, 1985, pp. 979-1010.
- MARÍN CASTÁN, F., «Jurisprudencia civil sobre accidentes de trabajo», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 479-490.
- MARTÍN CASALS, M. – RIBOT IGUALADA, J., «Technological Change and the Development of Liability for Fault in Spain», en MARTÍN-CASALS, M. (Ed.), *The Development of Liability in relation to Technological Change*, Vol. 4, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 227-263.
- MARTÍN CASALS, M – SOLÉ FELIU, J., «Comentario a los arts 1902 a 1910 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2046-2069.
- MARTÍNEZ MARTÍN, M., «Comentario a la STS 10.6.1991», *CCJC*, núm. 27, 1991, pp. 777-791.
- MEDINA ALCOZ, M., «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *RDP*, núm. 3, 2005, pp. 79-106.
- *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- MIGUEL Y ROMERO, M. – MIGUEL Y ALONSO, C., *Derecho Procesal Práctico*, II, 10ª ed., Gráficas Andrés Martín, Madrid, 1961.

- MOLINER TAMBORERO, G., «La culpa como criterio de imputación en accidentes de trabajo. La delimitación de responsabilidades», en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.), *Derecho de Daños*, Sepin, Madrid, 2011, pp. 681-725.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La elección del orden jurisdiccional en las acciones indemnizatorias derivadas de accidentes laborales», *Práctica Derecho de Daños*, núm. 86, 2010, pp. 17-21.
- MONATERI, P.G., *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Cedam, Padova, 1989.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., Thomson-Cívitas, Madrid, 2011.
- MONTERO AROCA, J. – GÓMEZ COLOMER, J.L. – MONTÓN REDONDO, A. – BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MONTERO AROCA, J. – GÓMEZ COLOMER, J.L. – MONTÓN REDONDO, A. – BARONA VILAR, S., *El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MORALES MORENO, A.M., «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», en BARROS BOURIE, E. – GARCÍA RUBIO, M.P. – MORALES MORENO, A.M., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 193-221.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.
- *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.
- MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J., «Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva», *RGD*, núm. 562-563, 1991, pp. 5745-5778.
- «Litisconsorcio pasivo necesario», en SALAS CARCELLER, A. (Dir.), *Excepciones procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 257-331.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, 10ª ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- ORTI VALLEJO, A. (Dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- ORTI VALLEJO, A., «La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios», en ORTI VALLEJO, A. (Dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 33-58.
- OSSORIO SERRANO, J.M., *Lecciones de Derecho de Daños*, La Ley, Madrid, 2011.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS 26.1.1984», *CCJC*, núm. 4, 1984, pp. 1257-1267.
- «Comentario a la STS 19.6.1984», *CCJC*, núm. 6, 1984, pp. 1869-1884
- «Comentario al artículo 1902 del CC», en VV. AA., *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1971 y ss.
- PARRA LUCÁN, M.A. – REGLERO CAMPOS, F., «La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, II. Parte especial primera, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 817-969
- PEÑA, LÓPEZ, F., «Comentario a la STS 21.5.2001», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 859-879.

- *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.
- «La vía de regreso: un medio a disposición de la Administración Pública (y su aseguradora) para exigir responsabilidad civil a su personal», *Práctica de Derecho de Daños Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (Ed. La Ley), núm. 30, 2005, pp. 5-29.
- «Comentario al art. 1903 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 2157-2162.
- PÉREZ ESCOLAR, M., *Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- PÉREZ GARCÍA, M.J., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2005.
- PICÓ I JUNOY, J., «Tratamiento procesal de la responsabilidad civil en los nuevos procesos penales», *Práctica Derecho de Daños*, núm. 5, 2003, pp. 5-16.
- PLAZA PENADÉS, J., *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- «Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria por contagio de VIH y VHC», *Práctica Derecho de Daños*, núm. 11, 2003, pp. 5 y ss.
- PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil*, II, 2ª tirada, Librería General, Zaragoza, 1949.
- «Acumulación de acciones», *Revista de Derecho Procesal*, 1956, pp. 3 y ss.
- PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, *Proceso declarativo y proceso de ejecución*, 2ª ed., Pamplona, 1985.
- PUIG FERRIOL, L., «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Libro Homenaje a R.Mª Roca Sastre*, II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, pp. 433 y ss.
- «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 885-909.
- REGLERO CAMPOS, L.F., «Comentario a la STS 4.2.2003», *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1031-1045.
- *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- «Conceptos generales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, I, Parte General, 4ª ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 47-246.
- RIBELLES ARELLANO, J.M., «Comentario a los arts. 218 y 219 LEC», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel – RIFÁ SOLER, José María – VALLAS GOMBAU, José Francisco (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Iurgium, Barcelona, 2000, pp. 829-851
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., «El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria», *ADC*, 2002, pp. 1651 y ss.
- ROCA GUILLAMÓN, J., «La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 489-532.
- «Comentario al art. 121», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, IV (arts. 95 a 137), Edersa, Madrid, 2000, pp. 864 y ss.
- ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Medicina satisfactiva», en ORTI VALLEJO, A. (Dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 281-339.
- ROMERO REY, C., «Cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; evolución legislativa y nuevos escenarios de conflicto», *Justicia Administrativa*, núm. 22, 2004, pp. 19-49.
- ROSENDE VILLAR, C., «Comentario al art. 150 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2ª ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 874-877.
- RUBIO GARRIDO, T., *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza. En el Código civil y en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Comares, Granada, 2002.
- RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentario a la STS 29.6.2009», *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 875-883.
- SALAS CARCELLER, A., «La causa de pedir en las acciones sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de culpa contractual o extracontractual», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 21/2004 (accesible en *BIB 2004\1667*), pp. 1 y ss.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1996», *CCJC*, núm. 43, 1997, pp. 341 y ss.
- SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Montecorvo, Madrid, 1993.
- «Unidad del concepto de la culpa civil», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 585 y ss.
- *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, 2003.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?», *Aranzadi Social*, núm. 1/2008 (*BIB 2008\494*).
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Litispendencia, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1969, pp. 653 y ss.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Derecho procesal», en CAVANILLAS MÚGICA, S- – TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 123 y ss.
- *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Colección LEC/2000, La Ley, Madrid, 2000.
- «Comentario a los arts. 222 y 400 LEC», en CORDÓN MORENO, F. – ARMENTA DEU, T. – MUERZA ESPARZA, J.J. – TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2ª ed., Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 1094-1107, y 1660-1667.
- «La cosa juzgada», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 267 y ss.
- TORIBIOS FUENTES, F., «El ejercicio de las acciones de responsabilidad civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Práctica Derecho de Daños*, núm. 23, 2005, pp. 6-29.
- TORIBIOS FUENTES, F. – VELLOSO MATA, M.J. (2010), *Manual Práctico del Proceso Civil*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid.
- TORRES GARCÍA, T.F., «Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria», en GÓMEZ Y

- DÍAZ CASTROVERDE, J.M. - SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.), y JUANE SÁNCHEZ, M. (Coord.), *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999, pp. 569 y ss.
- «La asistencia sanitaria en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración», en BELLO JANEIRO, D. (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (BELLO JANEIRO, D., dir.), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999, pp. 189 y ss.
- URUEÑA GUTIÉRREZ, L., «Actuación y recusación de jueces, magistrados y otras personas. Las actuaciones judiciales. Tasación de costas. El principio de buena fe procesal», en CABAÑAS GARCÍA, J.C. (Coord.), *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Trivium, Madrid, 2000, pp. 125-279.
- VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 1989, pp. 845-857.
- VEGAS TORRES, J., «La eficacia excluyente de la litispendencia», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 0, 2002, pp. 169-195.
- VERDERA SERVER, R., *La responsabilidad civil del Notario*, Civitas, Madrid, 2008.
- VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I. Parte General, 4ªed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 301-443.
- XIOL RÍOS, J.A., «Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños», en HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.), *Derecho de Daños*, Sepin, Madrid, 2011, pp. 25-110.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «El perturbador artículo 1092 del Código civil: cien años de errores», en *Libro conmemorativo del centenario del Código civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho civil, Madrid, 1990, pp. 2109 y ss.
- «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación», *RCDI*, núm. 603, 1991, pp. 443-489.
- *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993.
- *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997.
- «Alcance real de la competencia del juez penal para conocer de cuestiones civiles: responsabilidad civil y más cosas. En particular, la tutela civil del crédito en el proceso penal», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 607 y ss.
- *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
- «La responsabilidad civil en el proceso penal», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, I, Parte General, 4ª ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 1067-1206.
- «Responsabilidad civil por accidentes de trabajo», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III. Parte especial segunda, 4ªed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 801-871.
- «Comentario a la STS de 15 de enero de 2008. Competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad civil por accidente de trabajo», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 2 (2008), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 77-98.

ZURIMENDI ISLA, A., «Comentario al art. 65», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. – MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.) y EMPARANZA SOBEJANO, A. – PETIT LAVALL, M.V. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 775-783.

COMUNICACIONES

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR RIESGO DERIVADO DE LAS ACTIVIDADES ESPACIALES

FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ
Profesora titular de Derecho Civil
Universitat Politècnica de València

SUMARIO. I. 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR RIESGO DERIVADO DE LAS ACTIVIDADES ESPACIALES. – 1.1. Los daños causados por objetos espaciales. Breve referencia a diversos hechos que han motivado un planteamiento de la responsabilidad por daños. – 1.2. La aplicación de la responsabilidad objetiva y subjetiva en estos supuestos y principal normativa aplicable. – 1.3. La responsabilidad solidaria por daños causados por actividades espaciales. – 1.4. La relación con el Convenio sobre el Registro de objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre. – 2. ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL SUPUESTO DE LA OPERACIÓN *MORNING LIGHT*. – BIBLIOGRAFÍA

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR RIESGO DERIVADO DE LAS ACTIVIDADES ESPACIALES

1.1. Los daños causados por objetos espaciales. Breve referencia a diversos hechos que han motivado un planteamiento de la responsabilidad por daños.

Los primeros acontecimientos que hacen plantearse al Derecho¹ la ne-

1 LACLETA MUÑOZ, J. M.: «El Derecho en el espacio ultraterrestre», *Documentos de trabajo. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*, núm. 18, abril de 2005, pág. 3 y sigs.

cesidad de una regulación específica en el ámbito de las actividades espaciales² se inician con el lanzamiento del primer satélite artificial, el Sputnik, en el año 1957³, y con ello el inicio de la carrera espacial por parte de las grandes potencias, URSS y EEUU, lo cual plantea a la comunidad científica la aplicación de un régimen de responsabilidad civil por riesgos derivados de las indicadas actividades, ya que si bien el inicio de las mismas tiene un efecto beneficioso para la Humanidad, no está exenta de numerosos daños como pueden ser los que se produjeran con la caída de los objetos espaciales o fragmentos de los mismos que pueden producir daños a personas y cosas en la tierra.⁴

Este planteamiento llevaría a elaborar un cuerpo normativo y procedimientos necesarios para exigir una responsabilidad por daños causados por objetos espaciales con un régimen estricto y rígido, dada la peculiaridad de los daños producidos, y que además permita un resarcimiento a través de una indemnización lo más equitativa posible a las víctimas de los mismos.

Se parte de la consideración de que las actividades espaciales son lícitas, pero conllevan un peligro en su realización⁵. La obtención del beneficio en esas actividades justifica que se deban soportar unos riesgos y una responsabilidad por el hecho de la realización de la actividad peligrosa, y que al margen del comportamiento, incluso habiéndose hecho todo lo posible para evitarlo, deben ser resarcidos y por los cuales se debe responder.⁶

Los diversos incidentes que se han producido y han causado daños a personas y/o a cosas han sido los siguientes:

2 Sobre diversos aspectos del Derecho espacial, sin ánimo exhaustivo, puede verse: VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, A.: «El espacio ultraterrestre: un desafío jurídico», *Luces y sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XXI*, coord. Miguel Requena y Díez de Revenga, vol. 2, 2010, págs. 507 y sigs.

3 BRAVO NAVARRO, M.: «En el cincuenta aniversario del lanzamiento del Sputnik: consideraciones jurídicas», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, s.f., págs. 1 y sigs.

4 Véase, MÉNDEZ ROCAFORT, P.: «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales (I)», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, núm. 13, s.f., págs. 1 y sigs.

5 Como señala LACLETA MUÑOZ, J. M.: «Informe sobre las Leyes Nacionales y las Actividades Espaciales», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, núm. 17, enero de 2007, pág. 2, es necesario el desarrollo de este Derecho -Espacial- por lo que se refiere a licencias de lanzamiento, responsabilidad por daños, aseguramiento de esa responsabilidad y eventuales límites de la misma, entre otras cuestiones conexas. Pocos Estados han desarrollado legislación en la materia, siendo de gran importancia la cuestión de la responsabilidad, ya que el Derecho Internacional hace directamente responsable al Estado de lanzamiento de todos los daños que puedan ocurrir, daños exigibles incluso por vía diplomática, sea quien sea el propietario o el explotador del objeto espacial.

6 MÉNDEZ ROCAFORT, P.: «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales (I)», cit., pág. 5.

a) En el año 1960 cayeron fragmentos de un satélite americano en una granja agrícola que estaba ubicada en África del Sur.

b) En el mismo año, pero a últimos del mismo, se produce la caída de fragmentos de otro objeto americano sobre Cuba, causando diversos heridos.

c) En el año 1969 un objeto espacial de la URSS desprendió fragmentos sobre un mercante japonés, y causó daños y heridos.

d) En el año 1978 un satélite soviético se estrelló en los territorios del noroeste de Canadá, llevando a bordo un reactor nuclear, el cual esparció su carga en una larga porción de terreno. Se inició, por parte de Canadá y EEUU, lo que se denominó *Operación Morning light* para recuperar los fragmentos radiactivos pertenecientes a la URSS.⁷

1.2. La aplicación de la responsabilidad objetiva y subjetiva en estos supuestos y principal normativa aplicable

La idea de la responsabilidad objetiva⁸, sin culpa o por riesgo, en que se indica la obligación de reparar los daños producidos por actividades ultrapeligrosas, pero lícitas se enmarca dentro de la responsabilidad de las actividades espaciales.

El primer instrumento que podemos indicar es la Convención sobre Responsabilidad frente a Terceros en el campo de la Energía Nuclear, suscrita en París, en 1960⁹, y también la Convención de Bruselas sobre Responsabilidad de Operadores de Buques Nucleares, de 1962.¹⁰

En el ámbito de las actividades espaciales, debemos referirnos a la primera norma que encontramos que se refiere a la responsabilidad por daños causados por objetos espaciales es la del Tratado sobre los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes,

7 Los datos utilizados están extraídos del trabajo realizado en la asignatura de Derecho Espacial, que imparto en la titulación de Ingeniería Aeronáutica en la Universidad Politécnica de Valencia, realizado por los alumnos Jorge García Tiscar, David Ortiz Benito y Salvador Puig Serra, en la práctica "Aplicación práctica de una norma. El incidente nuclear del Cosmos 954 (*Operación Morning Light*)", el 17 de abril de 2009.

8 Para más información sobre la responsabilidad, se recomienda la consulta de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Derecho de daños*, Madrid, 2000; REGLERO CAMPOS, L. (Coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Cizur Menor, 2008.

9 El operador de una instalación nuclear es responsable, independientemente de la culpa, por daños o pérdidas causados por un incidente nuclear.

10 También es interesante mencionar la Convención Internacional sobre responsabilidad civil por Daños Nucleares, de 1963, y la Convención Suplementaria de la Convención de París, suscrita en Bruselas, de 1963, que establecen la responsabilidad independientemente de la prueba de la culpa.

de 1967.¹¹ Establece que los Estados serán internacionalmente responsables de las actividades que realicen en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. El art. VI del mismo cuerpo normativo indica que: “Los Estados Parte en el Tratado serán responsables internacionalmente de las actividades nacionales que realicen en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, y deberán asegurar que dichas actividades se efectúen en conformidad con las disposiciones del presente Tratado. Las actividades de las entidades no gubernamentales en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán ser autorizadas y fiscalizadas constantemente por el pertinente Estado Parte en el Tratado. Cuando se trate de actividades que realiza el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, una organización internacional, la responsabilidad en cuanto al presente Tratado corresponderá a esa organización internacional y a los Estados Partes en el Tratado que pertenecen a ella”. Por su parte, el art. VII establece que: “Todo Estado Parte en el Tratado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto al espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, y todo Estado Parte en el Tratado, desde cuyo territorio o cuyas instalaciones se lance un objeto, será responsable internacionalmente de los daños causados a otro Estado Parte en el Tratado o a sus personas naturales o jurídicas por dicho objeto o sus partes componentes en la Tierra, en el espacio aéreo o en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes”.

Se aplica, pues, tanto a las actividades gubernamentales, como a las no gubernamentales.

El precepto no aclara qué se entiende por daño, ni establece las causas de exoneración de responsabilidad, ni el cálculo de la indemnización, ni tampoco el procedimiento de solución de controversias.

Se carga la responsabilidad, según el art. VII del Tratado, sobre el Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto al espacio ultraterrestre y sobre el Estado desde cuyo territorio o cuyas instalaciones se efectúe el lanzamiento.¹²

11 España ratificó el Tratado del Espacio en el año 1969.

12 Como indica LACLETA MUÑOZ, J. M.: «El Derecho en el espacio ultraterrestre», cit., pág. 8, «hoy en día, cuando incluso las instalaciones de lanzamiento pueden pertenecer a entes no gubernamentales y cuando entidades privadas pueden hacer que sus satélites sean lanzados por quienes disponen de instalaciones, parece absurdo que solamente unos pocos Estados hayan previsto en sus legislaciones el traslado de esa

Por ello, el Convenio sobre la Responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales¹³, de 29 de marzo de 1972, regula los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad, y distingue entre la responsabilidad absoluta por daños en la superficie terrestre y las excepciones, y la responsabilidad por culpa fuera de la Tierra, tanto en los casos de lanzamiento individual o conjunto de los objetos espaciales por parte de los Estados.

Se entiende por “daño” según el Convenio, la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales u otros perjuicios a la salud, así como la pérdida de bienes o los perjuicios causados a bienes de Estados o de personas físicas o morales, o de organizaciones internacionales intergubernamentales.

El art. XXIII del Convenio establece que lo que en él se disponga no afectará a los demás acuerdos internacionales en vigor en las relaciones entre los Estados Partes en esos acuerdos, y que nada de lo que se disponga en el Convenio podrá impedir que los Estados concierten acuerdos internacionales que confirmen, completen o desarrollen sus disposiciones. Ello permite adoptar acuerdos específicos para regular las situaciones de responsabilidad.¹⁴

El art. I del Convenio preceptúa que el Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo.

Los daños que dan derecho a la reparación son, según el Convenio: “La pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales u otros perjuicios

responsabilidad por daños a los propietarios privados de instalaciones de lanzamiento –aún muy pocos- o a los propietarios y explotadores comerciales de satélites –ya muy numerosos–».

13 *Asamblea General de las Naciones Unidas* (vigésimo sexto periodo de sesiones), A/RES/2777 (XXVI), Suplemento núm. 29 A/8429, 1972, págs. 25 y sigs. Se estructura de la siguiente forma: Arts. I a VII (principios fundamentales de la responsabilidad y su alcance); arts. VIII a XX (normas para la presentación y seguimiento de las reclamaciones); art. XXI (normas aplicables a daños a gran escala); art. XXII (responsabilidad internacional de las organizaciones intergubernamentales); art. XXIII (límites del Convenio respecto de otros instrumentos internacionales) y arts. XXIV a XXVIII (procedimiento para la firma, enmienda y entrada en vigor del Convenio).

14 MÉNDEZ ROCAFORT, P.: «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales (III)», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, núm. 15, s.f., págs. 1, señala como ejemplo el «Acuerdo intergubernamental sobre la Estación Espacial Internacional, realizado el 29 de enero de 1998, entre el Gobierno de Canadá, los Gobiernos de los Estados miembros de la Agencia Espacial Europea, el Gobierno de Japón, el de la Federación de Rusia y el de Estados Unidos, que regula en sus artículos 16 y 17 aspectos relativos a la responsabilidad y establece en ellos una renuncia mutua al recurso, en materia de responsabilidad, por actividades en el ámbito de la Estación Espacial, sin abandonar la responsabilidad que les afecte respecto a otros Estados o en otras actividades espaciales».

para la salud, así como la pérdida de bienes o los perjuicios causados a los bienes de los Estados o de personas físicas o morales o de organizaciones internacionales intergubernamentales”.

Se incluyen los daños de carácter indirecto y los de efecto retardado.¹⁵ Se incluiría también los daños derivados de radiaciones nucleares, que no se han excluido expresamente.

El Acuerdo sobre la Luna de 1979, que entró en vigor en el año 1984, completa la regulación de la responsabilidad. Su art. 14.1 indica que los Estados Partes serán responsables internacionalmente de las actividades nacionales que realicen en la Luna los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, debiendo asegurar que estas actividades se efectúen de conformidad con las disposiciones del Acuerdo y en el caso de entidades no gubernamentales bajo su jurisdicción, fiscalizando estas actividades. El art. 14.2, del mismo texto legal, reconoce la posibilidad de hacer en el futuro una normativa detallada sobre la responsabilidad por daños causados en la Luna como consecuencia de actividades más extensas en ésta.

El Convenio de Responsabilidad establece un régimen dual de responsabilidad, según el lugar donde el objeto espacial produzca los daños:

a) responsabilidad absoluta, objetiva o por riesgo, en los casos en los que el daño se causa en la superficie de la Tierra o a una aeronave en vuelo. Así, el art. II indica: “Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a aeronaves en vuelo”.

Se entiende por “Estado de lanzamiento”, según el Convenio: un Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial; un Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial.

Y por “Objeto espacial” se incluye las partes componentes de un objeto espacial, así como el vehículo propulsor y sus partes.

En esta responsabilidad, el causante de los daños no se libera de su responsabilidad ni aunque el daño se deba a caso fortuito o fuerza mayor. Sólo existen dos supuestos de exclusión de responsabilidad que se contemplan en los arts. VI y VII. De este modo, el Estado de lanzamiento quedará exento de la responsabilidad absoluta en la medida en que demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un

15 MÉNDEZ ROCAFORT, P.: «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales (I)», cit., pág. 5.

acto de omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último Estado represente.

No se concederá exención alguna, tal y como indica el art. VI.2, en los casos en que los daños sean resultados de actividades desarrolladas por un Estado de lanzamiento en las que no se respete el derecho internacional, incluyendo, en especial la Carta de las Naciones Unidas y el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.

Según el art. VII del Convenio, las disposiciones del mismo no se aplicarán a los daños causados por un objeto espacial del Estado de lanzamiento a:

a) Nacionales de dicho Estado de lanzamiento.

b) Nacionales de un país extranjero mientras participen en las operaciones de ese objeto espacial desde el momento de su lanzamiento o en cualquier fase posterior al mismo hasta su descenso, o mientras se encuentren en las proximidades inmediatas de la zona prevista para el lanzamiento o la recuperación, como resultado de una invitación de dicho Estado de lanzamiento.

b) responsabilidad por culpa, en los casos de los daños causados fuera de la superficie de la Tierra.

El art. III del Convenio indica que: “Cuando el daño sufrido fuera de la superficie de la Tierra por un objeto espacial de un Estado de lanzamiento, o por las personas o los bienes a bordo de dicho objeto espacial, sea causado por un objeto espacial de otro Estado de lanzamiento, este último Estado será responsable únicamente cuando los daños se hayan producido por su culpa o por culpa de las personas de que sea responsable”.

Se refiere a los supuestos de incidentes entre objetos espaciales en movimiento, ya que cuando se refiere a los daños causados a objetos espaciales sobre la superficie de los cuerpos celestes¹⁶, se aplicaría también el art. 14.2 del Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes¹⁷, que indica: “Los Estados Partes recono-

16 MÉNDEZ ROCAFORT, P.: «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales (II)», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, núm. 14, s.f., págs. 1 y sigs.

17 *Asamblea General de las Naciones Unidas* (trigésimo cuarto periodo de sesiones), 34/68, 1979, págs. 88 y sigs.

cen que, además de las disposiciones del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, y del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, puede ser necesario hacer arreglos detallados sobre la responsabilidad por daños causados en la Luna como consecuencia de actividades más extensas en ésta. Esos arreglos se elaborarán de conformidad con el procedimiento estipulado en el artículo 18 del presente Acuerdo”.

En este caso, como ha señalado la doctrina, cuando el accidente se produce entre dos o más objetos espaciales pertenecientes a Estados u organismos que realizan un actividad espacial, se encuentran en una situación de igualdad, aplicándose la responsabilidad por culpa que se funda sobre la falta cometida por el autor del daño.¹⁸ El demandante tiene que demostrar que el daño se debe a una acción u omisión dolosa o negligente por parte del Estado de lanzamiento o de las personas por las que él debe responder.¹⁹

La obligación de reparar los daños tiene que realizarse de forma que se reponga a la víctima en la condición que habría existido de no haber ocurrido los mismos.

Se establece la necesidad de una relación de causalidad entre el objeto espacial y el daño producido. Se elimina el *onus probandi*, el demandante no tiene que probar que el daño causado por la conducta del demandado se debe a una acción u omisión dolosa o negligente.

Respecto a la responsabilidad civil por riesgo²⁰ derivados de las activi-

18 MÉNDEZ ROCAFORT, P.: «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales (II)», cit., pág. 2.

19 Sigo expresamente a MÉNDEZ ROCAFORT, P.: «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales (II)», cit., pág. 2.

20 Precisar que el régimen de prevención de riesgos en el que participa España también se refiere a responsabilidad por riesgo en el uso de la energía nuclear con fines pacíficos, al suscribir, mediante el correspondiente instrumento de ratificaciones, el Convenio sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear hecho en París el 29 de julio de 1960, así como a través de posteriores instrumentos de ratificación, sus respectivos convenios complementarios hechos en Bruselas y París el 31 de enero de 1963 y el 28 de enero de 1964. También suscribe el instrumento de adhesión en el Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares, hecho en Bruselas el 17 de diciembre de 1972. También indicar el Instrumento de ratificación del Acuerdo entre el Gobierno del Estado Español y el Gobierno de la República de Portugal sobre cooperación en la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos, firmado en Lisboa el 14 de enero de 1971; el Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre Cooperación en el sector de la utilización para fines pacíficos de la energía nuclear, hecho en Bonn el 5 de diciembre de 1978, y el Acuerdo concertado entre el Gobierno de España, el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Organismo Internacional de Energía Atómica para la aplicación de salvaguardias en relación con el Acuerdo concertado entre los dos Gobiernos sobre co-

dades espaciales, España ha ratificado el Tratado de 27 de enero de 1967 (Asuntos Exteriores) sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del Espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. Instrumentos de adhesión de 27 de noviembre de 1968 (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 1969), el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, hecho en Londres, Moscú y Washington el 29 de marzo de 1972. Instrumento de ratificación (BOE núm. 106, de 2 de mayo de 1980), y el Instrumento de adhesión de España al Acuerdo sobre el salvamento, la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, hecho en Londres, Moscú y Washington el 22 de abril de 1968 (BOE núm. 137, de 8 de junio de 2001); Instrumento de Adhesión al Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de noviembre de 1974 (BOE núm. 25, de 29 de enero de 1979)²¹; y el Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación en el campo de la exploración y del uso pacífico del espacio ultraterrestre, hecho en Madrid el 9 de febrero de 2006 (BOE núm. 121, de 8 de mayo de 2010).

1.3. La responsabilidad solidaria por daños causados por actividades espaciales

Se regulan los distintos supuestos en los arts. IV y V del Convenio, de la siguiente forma:

1) Cuando los daños sufridos fuera de la superficie de la Tierra por un objeto espacial de un Estado de lanzamiento, o por las personas o los bie-

operación en el sector de la utilización para fines pacíficos de la energía nuclear, hecho en Viena el 9 de junio de 1982. Puede consultarse: CASTILLO ARGANARÁS, L. F.: «La utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre», *Colección*, núm. 4, 1996, págs. 113 y sigs.; IRIGOIN BARRENNE, J.: «Derecho del espacio ultraterrestre: protección del ambiente espacial», *Revista chilena de Derecho*, vol. 16, núm. 2, 1989, págs. 511 y sigs.

En el ámbito de la responsabilidad civil por riesgo de contaminación del medio marítimo por hidrocarburos ha suscrito España instrumento de ratificación, el Convenio sobre responsabilidad civil por contaminación derivada de hidrocarburos, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969, que ha sido completado por el Convenio de constitución del Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, hecho en Bruselas el 18 de diciembre de 1971.

21 Sobre dicho Convenio, puede consultarse: AA.VV.: «El Convenio sobre registro de los objetos lanzados al espacio ultraterrestre. Un comentario», *Revista de Política Internacional*, núm. 141, 1975, págs. 35 y sigs.

nes a bordo de ese objeto espacial sean causados por un objeto espacial de otro Estado de lanzamiento, y cuando de ello se deriven daños para un tercer Estado o para sus personas físicas o morales, los dos primeros Estados serán mancomunada y solidariamente responsables ante ese tercer Estado, conforme se indica a continuación:

a) Si los daños han sido causados al tercer Estado en la superficie de la Tierra o han sido causados a aeronaves en vuelo, su responsabilidad ante ese tercer Estado será absoluta;

b) Si los daños han sido causados a un objeto espacial de un tercer Estado, o a las personas o los bienes a bordo de ese objeto espacial, fuera de la superficie de la Tierra, la responsabilidad ante ese tercer Estado se fundará en la culpa de cualquiera de los dos primeros Estados o en la culpa de las personas de que sea responsable cualquiera de ellos.

En estos casos la carga de la indemnización por los daños se repartirá entre los dos primeros Estados según el grado de la culpa respectiva; si no es posible determinar el grado de la culpa de cada uno de esos Estados, la carga de la indemnización se repartirá por partes iguales entre ellos. Esa repartición no afectará al derecho del tercer Estado a reclamar su indemnización total, en virtud de este Convenio, a cualquiera de los Estados de lanzamiento que sean solidariamente responsables o a todos ellos.

2. Si dos o más Estados lanzan conjuntamente un objeto espacial, serán responsables solidariamente por los daños causados.

Un Estado de lanzamiento que haya pagado la indemnización por daños tendrá derecho a repetir contra los demás participantes en el lanzamiento conjunto. Los participantes en el lanzamiento conjunto podrán concertar acuerdos acerca de la distribución entre sí de la carga financiera respecto de la cual son solidariamente responsables. Tales acuerdos no afectarán al derecho de un Estado que haya sufrido daños a reclamar su indemnización total, de conformidad con el presente Convenio, a cualquiera o a todos los Estados de lanzamiento que sean solidariamente responsables.

La víctima puede solicitar íntegramente la reclamación de indemnización al Estado de lanzamiento de su elección.²²

Un Estado desde cuyo territorio o instalaciones se lanza un objeto espacial se considerará como participante en un lanzamiento conjunto.

22 MÉNDEZ ROCAFORT, P.: «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales (II)», cit., pág. 3.

3. Según el art. XXIII. 3 del Convenio, si una organización intergubernamental internacional es responsable de daños en virtud de las disposiciones del presente Convenio, esa organización y sus miembros que sean Estados Partes en este Convenio serán mancomunada y solidariamente responsables, teniendo en cuenta sin embargo:

a) Que sólo si la organización deja de pagar, dentro de un plazo de seis meses, la cantidad convenida o que se haya fijado como indemnización de los daños, podrá el Estado demandante invocar la responsabilidad de los miembros que sean Estados Partes en este Convenio a los fines del pago de esa cantidad.

b) Que sólo si la organización deja de pagar, dentro de un plazo de seis meses, la cantidad convenida o que se haya fijado como indemnización de los daños, podrá el Estado demandante invocar la responsabilidad de los miembros que sean Estados Partes en este Convenio a los fines del pago de esa cantidad.

Interesa destacar en este punto el reciente Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación en el campo de la exploración y del uso pacífico del espacio ultraterrestre, hecho en Madrid el 9 de febrero de 2006 (BOE núm. 121, de 18 de mayo de 2010), que en materia de responsabilidad, en su art. 11, indica lo siguiente.

“1. Las Partes aplicarán el principio de renuncia mutua respecto de la responsabilidad y, en consecuencia, cada una de las Partes renunciará a cualesquiera reclamaciones contra la otra Parte, incluidas las reclamaciones contra la entidad competente o los organismos designados de esa otra Parte en relación con los daños causados a su personal o a sus bienes en el curso de la realización de las actividades conjuntas en virtud del presente Acuerdo.

2. Esta renuncia mutua a exigir responsabilidad por daños se aplicará únicamente si la Parte, su entidad competente, organismos designados, personal o bienes que causen los daños y la Parte, su personal o bienes que sufran los daños están implicados en actividades conjuntas en virtud del presente Acuerdo.

3. Las Partes, en cumplimiento de la legislación de sus Estados, procurarán hacer extensivo, mediante acuerdos específicos, el principio de renuncia mutua a exigir responsabilidad a sus entidades competentes, organismos designados, contratistas, subcontratistas y otras personas jurídicas

que participen en la realización de actividades conjuntas en virtud del presente Acuerdo.

4. Las Partes o sus entidades competentes podrán, dentro del marco de los acuerdos específicos, limitar el ámbito de aplicación o acordar otra modificación de las disposiciones relativas a la renuncia mutua en materia de responsabilidad previstas en el presente artículo cuando resulte necesario debido al carácter específico de las actividades conjuntas.

5. La renuncia mutua a exigir responsabilidad no comprenderá:

1) las reclamaciones por daños causados dolosamente o por negligencia grave;

2) las reclamaciones relativas a la propiedad intelectual;

3) las reclamaciones entre una Parte y su propia entidad competente y organismos designados o las reclamaciones entre dichos organismos;

4) las reclamaciones presentadas por una persona física, sus herederos o subrogados por lesiones u otro tipo de deterioro grave de la salud de dicha persona física o la muerte de la misma;

5) las reclamaciones basadas en disposiciones expresas de un acuerdo.

6. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la aplicación de los principios y normas correspondientes establecidos por el derecho internacional, en particular, respecto de las reclamaciones basadas en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 29 de marzo de 1972.

Las Partes celebrarán consultas sobre cualquier responsabilidad potencial que pueda derivarse del derecho internacional, incluido el Convenio mencionado más arriba, en relación con la distribución de la carga de la indemnización por daños, así como con la defensa jurídica contra estas reclamaciones. Las Partes cooperarán en la clarificación de todos los hechos investigando cada incidente, en particular, mediante el intercambio de expertos e información”.

1.4. La relación con el Convenio sobre el Registro de objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre

El Convenio sobre el Registro de objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre²³ establece un registro central de los objetos lanzados al espacio

23 *Asamblea General de las Naciones Unidas* (vigésimo noveno período de sesiones), 3235 (XXI), 1974, págs. 18 y sigs.

ultraterrestre, así como proporcionar medios para ayudar a la identificación de los objetos espaciales. Dicho sistema obligatorio de registro de los objetos espaciales contribuiría a la identificación, aplicación y desarrollo del derecho que rige la exploración y utilización del espacio ultraterrestre.

El Tratado del Espacio indicaba, en su art. VIII, que el Estado en cuyo registro figure el objeto lanzado al espacio retendrá su jurisdicción y control sobre el mismo y sobre la persona que se pueda desplazar dentro del mismo. De tal forma, que vemos que la importancia del registro del objeto es muy relevante, ya que es lo que nos va a permitir identificar el sujeto de la responsabilidad.

El art. II del Convenio que nos ocupa precisa que cuando un objeto espacial sea lanzado en órbita terrestre o más allá, el Estado de lanzamiento registrará el objeto espacial por medio de su inscripción en un registro apropiado que llevará a tal efecto. Todo Estado de lanzamiento notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la creación de dicho registro.

En los casos en que existan dos o más Estados de lanzamiento con respecto a cualquier objeto espacial lanzado en órbita terrestre o más allá, dichos Estados determinarán conjuntamente cuál de ellos inscribirá el objeto de conformidad con lo indicado anteriormente, teniendo en cuenta lo que indica el art. VIII del Tratado del Espacio, y dejando a salvo los acuerdos apropiados entre los Estados de lanzamiento acerca de la jurisdicción y control sobre el objeto espacial y sobre el personal del mismo.

El contenido de cada registro y las condiciones en las que se llevará se determinará por el Estado de registro interesado.

España es un Estado de lanzamiento, es decir, responsable. En su registro, y por tanto en el de Naciones Unidas, aparecen varios satélites, entre los que se encuentran los de Hispasat²⁴. Se deberían establecer normas jurídicas internas para regular las actividades en el ámbito del espacio ultraterrestre. La regulación de la que disponemos es mediante el Real Decreto 278/1995, de 24 de febrero, por el que se crea en España el Registro previsto en el Convenio de 12 de noviembre de 1974 de la Asamblea General

24 Como precisa GARCÍA DEL POYO, R.: «Algunas consideraciones relativas al “Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales”, en relación con el “Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre”», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, núm. 17, enero de 2007, pág. 7, no existe disposición alguna en el Tratado que obligue a notificar al Registro de Naciones Unidas los posibles cambios de titularidad sobre la propiedad del objeto que puedan llegar a producirse como consecuencia del tráfico comercial habitual.

de las Naciones Unidas (BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1995), indica en el art. 5 que deberán inscribirse en el Registro Español los objetos espaciales que hayan sido lanzados y cuyo lanzamiento haya sido promovido por el Estado Español, o que hayan sido lanzados desde España o desde instalaciones españolas. En el supuesto de que, además de nuestro país, haya uno o más Estados competentes, en lo sucesivo “Estado o Estados de lanzamiento”, para realizar una inscripción, se atenderá a lo que indica el art. II.2 del Convenio sobre el Registro de Objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre de 12 de noviembre de 1974.²⁵

2. ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL SUPUESTO DE LA OPERACIÓN *MORNING LIGHT*

En este caso vamos a ver que se van a aplicar diversas normas relacionadas con la responsabilidad civil en materia de daños causados por actividades espaciales: el Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre y el Convenio sobre la responsabilidad internacional de daños causados por objetos espaciales. También se atenderá a lo indicado en los informes de Canadá al Secretario General y el Acuerdo Bilateral entre Canadá y la URSS en el que se hace referencia al Convenio de responsabilidad.

La cronología de los acontecimientos fue la siguiente:

El día 18 de septiembre de 1977 la URSS lanzó un satélite científico, el Cosmos 954, siendo notificado dicho lanzamiento al Secretario General de las Naciones Unidas²⁶. El satélite llevaba en su interior un pequeño reactor nuclear de uranio-235 que le serviría para su mantenimiento durante el periodo de órbita. El 24 de enero de 1978, a las 11:53 AM GMT el satélite reentró en la atmósfera terrestre, invadiendo el espacio aéreo de la costa oeste de Canadá. Al desintegrarse al entrar en contacto con la atmósfera,

25 GARCÍA DEL POYO, R.: «Algunas consideraciones relativas al “Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales”, en relación con el “Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre”», cit., pág. 9, señala que al llevar a cabo el registro de un objeto espacial es un acto de voluntad y unilateral de un Estado Parte del Tratado a través del cual desea manifestar de forma pública y notoria ante los demás que tiene la jurisdicción y control sobre un objeto espacial. De ahí que se considera que se detenta la soberanía sobre el mismo y la asunción de responsabilidades. «El acto de registro por parte de un Estado genera una clara e inequívoca declaración de “auto-asignación” o de asunción de responsabilidad por parte del Estado que lo efectúe».

26 «Note verbale dated 1 November 1977 from the Permanent Mission of the Union of Soviet Socialist Republics to the United Nations addressed to the Secretary-General», *Comité sobre la utilización del espacio con fines pacíficos*, A/AC.105/INF.368, 1977.

diversos restos del satélite se desprendieron y quedaron repartidos en una amplia franja de terreno de los Territorios del Noroeste. A los pocos minutos de la entrada del satélite, EEUU ofrecieron el apoyo técnico y material a Canadá, que aceptó, a pesar del deber que como Estado de lanzamiento tenía la URSS, no notificó a Canadá la posible reentrada del satélite, y sólo reconoció el hecho al ser llamado a consultas su embajador en Canadá, al que se le notificó la reentrada, según el Acuerdo sobre salvamento que indica en su art. 5.1 que “toda parte contratante que sepa o descubra que un objeto espacial o partes componentes del mismo han vuelto a la Tierra en territorio colocado bajo su jurisdicción, en alta mar o en cualquier otro lugar no colocado bajo la jurisdicción de ningún Estado, lo notificará a la autoridad de lanzamiento y al Secretario General de las Naciones Unidas”.

El embajador soviético sí que transmitió la intención de su gobierno de ayudar a Canadá, así como la información de que el reactor estaba diseñado para desintegrarse durante la reentrada en la Tierra y no contaminar la superficie de ésta. El art. XXI del Convenio sobre Daños, indica: “si los daños causados por un objeto espacial constituyen un peligro, en gran escala, para las vidas humanas o comprometen seriamente las condiciones de vida de la población o el funcionamiento de los centros vitales, los Estados Partes, y en particular el Estado de lanzamiento, estudiarán la posibilidad de proporcionar una asistencia apropiada y rápida al Estado que haya sufrido los daños, cuando éste así lo solicite”.

URSS también ofreció personal y ayuda técnica, pero fue rechazado por Canadá, que respondió que lo que necesitaban eran respuestas sobre el satélite y su carga nuclear, pues no confiaban en los datos aportados hasta la fecha.

Grupos de las Fuerzas Armadas y científicos canadienses, a los que posteriormente se unieron personal norteamericano, comenzaron la Operación Morning Light, con base en Namao, Edmonto, Alberta.

Mientras los soviéticos habían sido reducidos a meros espectadores, ya que según el Convenio debían esperar a que el Estado afectado les devolviera los restos de su objeto espacial y su ayuda había sido rechazada, a pesar de que Canadá tenía derecho a reclamarla según lo dispuesto en el art. 5.4: “No obstante lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 de este artículo, la Parte Contratante que tenga motivos para creer que un objeto espacial o partes componentes del mismo descubiertos en territorio colocado bajo su jurisdicción, o recuperados por ella en otro lugar, son de naturaleza peligro-

sa o nociva, podrá notificarlo a la autoridad de lanzamiento, la que deberá adoptar inmediatamente medidas eficaces, bajo la dirección y el control de dicha Parte Contratante, para eliminar el posible peligro de daños”.

Una vez reunido el equipo tanto de personal militar estadounidense, que aportaba gran cantidad de material como helicópteros, sistemas de rionavegación de campo, aviones de carga, etc., y los científicos canadienses, que habían desarrollado casualmente un sistema de detección de radiación aerotransportado, se procedieron a delimitar las zonas de búsqueda.

Estas zonas fueron sobrevoladas con el avión portando los sistemas de lectura de radiación, donde éste encontraba huellas nocivas se enviaban helicópteros para afinar más y poder localizar las minúsculas piezas, que los equipos de tierra finalmente recogían, guiados por los helicópteros. De esta forma, se consiguió ir recuperando poco a poco pequeñas piezas radiactivas (algunas emitían dosis casi mortales). Se estableció una nueva base cerca del Gran Lago del Esclavo, que parecía ser el lugar donde más fragmentos se localizaban. A medida que avanzaba la búsqueda, los hallazgos de fragmentos se fueron comunicando al Secretario de las Naciones Unidas mediante una serie de documentos²⁷ en los que se citaba el Acuerdo sobre salvamento²⁸.

Hacia finales de abril, la operación Morning Light estaba concluyendo, y los canadienses estimaron los costes de la operación.²⁹

Respecto al Convenio sobre responsabilidad y daños serían aplicables el art. III que indica “un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad ab-

27 «Nota verbal de fecha 8 de febrero de 1978 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente del Canadá», *Comité sobre la utilización del espacio con fines pacíficos*, A/C.105/214, 1978; «Nota verbal de fecha 3 de marzo de 1978 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente del Canadá», *Comité sobre la utilización del espacio con fines pacíficos*, A/C.105/217, 1978; “Nota verbal de fecha 19 de diciembre de 1978 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente del Canadá”, *Comité sobre la utilización del espacio con fines pacíficos*, A/C.105/236, 1978.

28 Se indicaba lo siguiente: «El Representante Permanente del Canadá ante las Naciones Unidas saluda al Secretario General de las Naciones Unidas y tiene el honor de referirse al Acuerdo de 1968 sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre.

En cumplimiento del artículo 5, párrafo 1 de este Acuerdo, el Representante Permanente del Canadá desea notificar por la presente al Secretario General que se han descubierto en territorio canadiense piezas pertenecientes a un objeto espacial. Se cree que pertenecen al satélite de la URSS Cosmos 954 (...)

En cumplimiento del artículo 5.1 del mencionado Acuerdo de 1968, el Gobierno del Canadá informará también al Gobierno de la URSS».

29 Los canadienses estimaron los costes de la primera fase de la operación en \$12.048.239,11, de los cuales reclamaban a la URSS \$4.414.348,86. Respecto a la segunda fase, el coste estimado fue de \$1.921904,55, de los cuales reclamaron \$1.626.825,84, lo cual hacía un total a reclamar de \$6.041.174,70.

solita y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo”; el art. VIII precisa que: “1. Un Estado que haya sufrido daños, o cuyas personas físicas o morales hayan sufrido daños, podrá presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación por tales daños”, el art. IX preceptúa que: “Las reclamaciones de indemnización por daños serán presentadas al Estado de lanzamiento por vía diplomática”, y el art. XII reza así: “La indemnización que en virtud del presente Convenio estará obligado a pagar el Estado de lanzamiento por los daños causados se determinará conforme al derecho internacional y a los principios de justicia y equidad, a fin de reparar esos daños de manera tal que se reponga a la persona, física o moral, al Estado o a la organización internacional en cuyo nombre se presente la reclamación en la condición que habría existido de no haber ocurrido los daños”.

Por lo que se refiere al Acuerdo sobre salvamento, el art. 5.5 establece que: “Los gastos realizados para dar cumplimiento a las obligaciones de rescatar y restituir un objeto espacial o sus partes componentes, conforme a los párrafos 2 y 3 de este artículo estarán a cargo de la autoridad de lanzamiento”.

Canadá, de conformidad con esta legislación, expuso su reclamación a la URSS, la cual reconoció, a través del académico Fedorov, del Subcomité técnico y científico del Comité para el uso pacífico del espacio, que las piezas halladas por Canadá pertenecían a su satélite Cosmos 954,³⁰ y se iniciaron negociaciones para satisfacer las reclamaciones canadienses.³¹ El resultado de las mismas fue la firma conjunta por parte de ambos Estados de un protocolo bilateral³² a través del cual la URSS se comprometía a pagar a Canadá la suma de tres millones de dólares canadienses, y si acudimos al Convenio sobre daños, en su art. XIII, es adecuado, al indicar: “A menos que el Estado demandante y el Estado que debe pagar la indemnización de

30 «Settlement of Claim between Canada and the Union of Soviet Socialist Republics for Damage Caused by “Cosmos 954” (Released on April 2, 1981)», Jaxa, Space Law, Acceso 26 de febrero de 2011, http://www.jaxa.jp/library/space_law/chapter_3/3-2-2-1_e.html.

31 Bristow, Quentin, “Operation Morning Light - A personal account”, National Resources Canada, 1995, Acceso 25 de febrero de 2011, http://gsc.nrcan.gc.ca/gamma/ml_e.php.

32 Selected Examples of Bilateral and Multilateral Agreements Governing Space Activities, “Disintegration of COSMOS 954 over Canadian territory in 1978”, Oficina de las Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior, Acceso 25 de abril de 2009, <http://www.oosa.unvienna.org>. Consta de tres breves artículos en los que se afirma que: 1. La URSS se compromete a pagar C\$ 3.000.000,00 a Canadá; 2. Canadá se compromete a aceptar dichos C\$ 3.000.000,00 como único pago, y 3. El protocolo entrará en vigor el día de su firma (2 de abril de 1981).

conformidad con el presente Convenio acuerden otra forma de indemnización, ésta se pagará en la moneda del Estado demandante o, si ese Estado así lo pide, en la moneda del Estado que deba pagar la indemnización”.

En este supuesto analizado se observa que se sigue todo el cauce legal establecido por los distintos Acuerdos, Tratados y Convenios de Naciones Unidas. Es positivo que se hayan realizado las notificaciones pertinentes al Secretario de las Naciones Unidas y a los Estados Parte correspondientes, así como el seguimiento de las pautas que marca el Acuerdo sobre salvamento, en caso de accidente, ya que un Estado Parte resulta afectado y notifica a la Autoridad de lanzamiento del hecho, ofreciendo ésta sus servicios, pero las reparaciones se llevan a cabo por otros dos Estados Parte debido a la naturaleza tan peligrosa del daño. Según lo indicado con el Convenio sobre responsabilidad por daños, el Estado de lanzamiento corre con los gastos de la operación realizada por los otros Estados Parte destinada a reparar los daños causados por el objeto espacial.

A pesar de ello, la URSS no alertó a Canadá de la inminente reentrada, a pesar de que, si el accidente se hubiera producido unas tres órbitas antes, en lugar de contaminar un yermo helado, el material radioactivo se habría esparcido por el Golfo de México, Detroit y Toronto. Tan sólo dos órbitas antes, las afectadas habrían sido la Bahía de Hudson y el satélite se habría estrellado en la ciudad de Quebec. Millones de personas se hubieran visto afectadas, y el importe que finalmente se indemnizó era claramente insuficiente para cubrir los gastos. La URSS no aprendió de este incidente y dos satélites Cosmos impulsados por energía nuclear reentraron descontroladamente en años posteriores, aunque cayeron sobre el océano sin dejar rastro.

Son necesarios, por tanto, mecanismos de control para asegurar su justo cumplimiento, así como una legislación más específica, que no disponeamos de ella. De no ser así, y con la proliferación de lanzamientos y objetos espaciales en órbita alrededor del planeta, incidentes como el analizado pueden tender a aumentar.³³

33 Recientemente es interesante citar los diversos incidentes que se han producido con tres satélites rusos que se han estrellado: <http://www.abc.es/20101205/ciencia/tres-satelites-rusos-estrellan-201012051554.html> (consultado el 7 de marzo de 2011), y también el satélite “Glory” que se ha estrellado en el Pacífico: <http://www.publico.es/ciencias/364569/el-satelite-glory-se-estrella-en-el-pacifico> (consultado el 5 de marzo de 2011).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: «El Convenio sobre registro de los objetos lanzados al espacio ultraterrestre. Un comentario», *Revista de Política Internacional*, núm. 141, 1975, págs. 35 y sigs.
- BRAVO NAVARRO, M.: «En el cincuenta aniversario del lanzamiento del Sputnik: consideraciones jurídicas», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, s.f., págs. 1 y sigs.
- CASTILLO ARGAÑARÁS, L. F.: «La utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre», *Colección*, núm. 4, 1996, págs. 113 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Derecho de daños*, Madrid, 2000.
- GARCÍA DEL POYO, R.: «Algunas consideraciones relativas al “Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales”, en relación con el “Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre”», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, núm. 17, enero de 2007, págs. 6 y sigs.
- GARCÍA TÍSCAR, J., ORTIZ BENITO, D. y PUIG SERRA, S.: «Aplicación práctica de una norma. El incidente nuclear del Cosmos 954 (*Operación Morning Light*)», trabajo realizado en la asignatura de Derecho Espacial el 17 de abril de 2009.
- IRIGOIN BARRENNE, J.: «Derecho del espacio ultraterrestre: protección del ambiente espacial», *Revista chilena de Derecho*, vol. 16, núm. 2, 1989, págs. 511 y sigs.
- LACLETA MUÑOZ, J. M.: «El Derecho en el espacio ultraterrestre», *Documentos de trabajo. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*, núm. 18, abril de 2005, págs. 1 y sigs.
- «Informe sobre las Leyes Nacionales y las Actividades Espaciales», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, núm. 17, enero de 2007, págs. 1 y sigs.
- MÉNDEZ ROCAFORT, P.: «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales (I)», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, núm. 13, s.f., págs. 1 y sigs.
- «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales (II)», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, núm. 14, s.f., págs. 1 y sigs.
- «Responsabilidad objetiva: daños causados por objetos espaciales

- (III)», *Boletín del Centro Español de Derecho Espacial*, núm. 15, s.f., págs. 1 y sigs.
- REGLERO CAMPOS, L. (Coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Cizur Menor, 2008.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, A.: «El espacio ultraterrestre: un desafío jurídico», *Luces y sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XXI*, coord. Miguel Requena y Díez de Revenga, vol. 2, 2010, págs. 507 y sigs.

DAÑOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO.– 1. Introducción. – 2. Posibles hipótesis de tutela aquiliana en el contexto familiar. – 3. Argumentos en pro y en contra de la disciplina resarcitoria a los daños ocasionados en el interior de las relaciones familiares.

1. Introducción

El espíritu de los principios constitucionales ha ido penetrando progresivamente en el Derecho de Familia, tanto en sus normas como, muy especialmente, en la aplicación de de las mismas a la realidad familiar por parte de los operadores jurídicos.

Así las cosas, nuestro Derecho de Familia ha venido experimentando, en los últimos treinta años y a tenor de las exigencias sociales, numerosas y profundas transformaciones, tanto desde el plano legislativo¹ como desde el jurisprudencial, guiadas por el objetivo de proteger, en las relaciones

1 Podemos destacar reformas operadas en nuestro decimonónico Código civil por la Ley de 2 de mayo de 1975, que suprimió la licencia marital y, ya en clave constitucional, por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, esta última más conocida como *Ley del Divorcio*, la Ley 13/1983, de 24 de octubre y la 21/1987, de 11 de noviembre, reformadoras del Derecho de Familia en cuestiones tan importantes como la filiación, la patria potestad, el régimen económico del matrimonio y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, tutela, adopción, guarda y acogimiento de menores; la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación de varios artículos del C.c. en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; las Leyes 18/1990, de 17 de diciembre y 29/1995, de 2 de noviembre, en materia de nacionalidad; las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio, por las que se modifica el C.c. y la LEC en materia de derecho a contraer matrimonio y de separación y divorcio.

(horizontales y verticales) familiares, ya no el interés superior de la familia, sino el interés de la persona en la familia.

En esta línea evolutiva, puede detectarse, claramente, cómo el modelo familia-institución (presidido por el “*principio de unidad jurídica de la familia*”²) ha sido sustituido por el de familia-comunidad, en el cual los intereses merecedores de protección se identifican con los intereses individuales y solidarios de sus componentes³. La perspectiva jurídico-familiar contemporánea es, pues, profundamente diversa.

Bajo tal óptica, la creciente atención dirigida, en los últimos años, a la tutela efectiva de los valores esenciales inherentes a la persona ha penetrado también en el interior de las relaciones familiares, de modo que la violación de deberes conyugales o de pareja, o bien los paterno-filiales que, por su gravedad, puedan lesionar derechos fundamentales del cónyuge, pareja o hijos (no en cuanto tales, sino como personas humanas), plantea la posibilidad de reclamar, en el ámbito civil (además de lo que pudiera corresponder en otros), la responsabilidad extracontractual o aquiliana prevista en el art. 1902 C.c. (en armonía, fundamentalmente, con los arts. 10, 14, 32 y 39 CE)⁴, con el fin de resarcir tal daño endofamiliar. De este modo, integrar una familia no ha de comportar una reducción o, incluso, una exclusión de la tutela de la persona.

Nos encontramos, pues, con la aplicación del Derecho de Daños al Derecho de Familia (*rectius*, ¿de las Familias?); las reclamaciones indemnizatorias entre seres queridos; lo puramente económico mezclado con lo romántico, afectivo y sentimental; sin duda, una insólita combinación más

2 En relación a la familia fundada sobre el matrimonio, el llamado “*principio de unidad jurídica de la familia*”, al cual se adscribía rigurosamente nuestro C.c., exigía un estatuto personal único, razón por la cual resultaba más que evidente que fuera la mujer casada la que debiese sacrificar su independencia y libertad por el hecho de casarse o estar casada y seguir la condición de su marido, por ello que le viniera impuesta la nacionalidad y vecindad civil de éste, debiendo adquirir, perder, recuperar o conservar las suyas propias a expensas de las que ostentara su marido, a cuyo favor se establecía asimismo la primacía designativa del domicilio conyugal (originales arts. 14.4, 22 y 58 C.c., respectivamente).

3 Cass. 10.05.2005, n. 9801.

4 Naturalmente, también han de ser tenidos en cuenta los instrumentos normativos internacionales, de entre los que destacamos, sin ánimo de exhaustividad, el 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los arts. 9 y 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 16 de la Convención ONU sobre los derechos del niño, el art. 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el art. 23 de la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

desconocida en España⁵ que en otros países de nuestro entorno jurídico, como Italia⁶.

El Derecho de Familia es, indudablemente, la parte del Derecho civil más humana. Es el Derecho de los afectos, de las emociones, de las aspiraciones, de los deseos, de las profundas convicciones o creencias personales éticas o religiosas de la persona en su encuentro con otra/s persona/s como cónyuge/pareja y/o progenitor/descendiente. Sin embargo, cuando la armonía familiar resulta alterada o, incluso, destruida por sus propios integrantes mediante conductas lesivas de derechos irrenunciables de otro ser querido, se plantea la existencia de la obligación jurídica de reparar los daños ocasionados y sufridos dentro del círculo doméstico de la familia, no bastando el mero reproche de carácter moral o social.

Ciertamente, causa enorme perplejidad poner en relación los términos “*responsabilidad civil extracontractual o aquiliana*” y “*familia*” cuando el agente dañoso no es un tercero con el que la víctima no tiene ningún

5 Siendo aún escaso el tratamiento doctrinal de la cuestión planteada, destacamos, muy especialmente, ROCA I TRÍAS: “La responsabilidad civil en el Derecho de Familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (MORENO MARTÍNEZ, coord.), 2000; FERRER RIBA: “Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños”, en *www.indret.com*, Octubre, 2001; DE VERDA Y BEAMONTE (coord.): *Daños en el Derecho de Familia*, 2006 y “Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho Español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, en *Diario La Ley*, 2007 y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: “¿Es indemnizable la infidelidad?”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47, 2010.

6 En la vasta bibliografía italiana sobre la materia, podemos señalar, entre otros: PATTI: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, que es la primera obra en la cual se afirma la operatividad de las reglas de la responsabilidad civil con referencia a la violación de los deberes familiares; DOSI, DI BARTOLOMEO: “Abuso della potestà dei genitori e risarcimento del danno al minore”, en *Fam. e dir.*, 1996; MOROZZO DELLA ROCCA: “Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?”, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1998; BILOTTA: “La nascita di un figlio ti cambia la vita: profili del danno esistenziale nella procreazione”, en *Il danno esistenziale, una nuova categoria della responsabilità civile*, 2000; BONA: “Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?”, en *Fam. dir.* 2001; DE MARZO: “Responsabilità civile e doveri familiari”, en *Danno e resp.*, 2001; DOGLIOTTI: “La famiglia e l'“altro” diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale”, en *Fam. dir.* 2001; CENDON, SEBASTIO: “Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi”, in *Resp. civ. prev.*, 2002; FRACCON: *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003; FACCI: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, 2004; CENDON (coord): *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, 2004; FAVILLI: “I danni da illecito endofamiliare”, en *I danni non patrimoniali*, a cura di NAVARRETTA, 2004; LONGO (a cura di): *Rapporti familiari e responsabilità civile*, 2004; GAUDINO: “La responsabilità civile endofamiliare”, en *Responsabilità civile e previdenza*, 2008; SESTA: “L'illecito endofamiliare nella recente evoluzione giurisprudenziale”, en *www.altalex.com*. y *La responsabilità nelle relazioni familiari*, 2008; DAVOLI: “Violazione dei doveri genitoriali e risarcimento dei danni (Tribunale Lecce, sezione Maglie, 3 settembre 2008)”, en *Famiglia, Persone e Successioni*, 2009; LOMBARDO: “L'illecito endofamiliare trova un ulteriore riconoscimento nella giurisprudenza. (Nota a Trib. Prato 18 febbraio 2010)”, en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2010 y MIGUELA: “Il risarcimento del danno derivante del c.d. illecito endofamiliare”, en *Responsabilità civile e previdenza*, 2010.

ligamen de sangre, afecto o convivencia (casos de accidentes de tráfico, responsabilidad médica, etc., sobre los cuales no se discute, mínimamente, su resarcimiento pecuniario) sino, precisamente, un miembro de la familia (un cónyuge contra el otro, el hijo contra uno o ambos progenitores, un hermano contra otro, los abuelos contra los nietos, etc., esto es, personas acostumbradas a quererse hasta que se produce el hecho lesivo y puede que, incluso, después de éste), salvo, claro está, la prevista por el Código civil para los supuestos de responsabilidad de los padres/tutores por daños causados por los hijos o pupilos (art. 1903 C.c.), el remedio indemnizatorio en caso de nulidad del matrimonio (art. 98 C.c.) y la responsabilidad de los titulares de la patria potestad en relación a la administración y disposición de los bienes de sus hijos (art. 168 C.c.), así como la derivada de ilícito penal.

Nos referimos, pues, al ilícito causado en las relaciones familiares *intra muros*, y, más concretamente, a la posibilidad de dar entrada en ellas al remedio resarcitorio previsto por el art. 1902 C.c.

2. Posibles hipótesis de tutela aquiliana en el contexto familiar

A la vieja *Lex Aquilia* podría recurrirse ante ciertas lesiones intrafamiliares (debidas a sentimientos de rencor, ira, odio, desprecio, envidia, venganza, etc.), como las derivadas de la violación de deberes conyugales (incoercibles) de ayuda moral y material entre familiares, en especial, si tienen alguna discapacidad⁷ o de fidelidad⁸; continuas ofensas y agresiones, incluso en público, a la dignidad del otro cónyuge⁹; impago de pensión alimenticia a un hijo¹⁰; incumplimiento del derecho-deber de visitas

7 Trib. Firenze 13.06.2000, en un caso de abandono de la esposa, enferma mental, durante muchos años, por el marido en una habitación de la casa. V. comentario a dicha Sentencia de DE MARZO: "Responsabilità civile e rapporti familiari", en *Danno e resp.*, 2001.

8 Trib. Venezia 03.07.2006. En cuanto a la infracción del deber conyugal de fidelidad con una persona del mismo sexo, causa sorpresa que el Trib. Brescia 14.10.2006 condenase al marido al resarcimiento del daño no patrimonial, por grave perjuicio a la dignidad y personalidad de su esposa, por el mero hecho de haber mantenido una relación homosexual con otra persona, sin que la mujer hubiera alegado ningún perjuicio sufrido en su esfera personal. En apelación, la Sentencia fue cambiada, App. Brescia 05.06.2007, considerándose que la relación de naturaleza homosexual entablada por el marido "no puede ser considerada intrínsecamente grave y tal de reputarse presunta la lesión de integridad personal del otro cónyuge"; incluso, la conducta del hombre podría resultar menos pesada para la mujer, se afirma, dada la ausencia de una confrontación con otro sujeto de sexo femenino.

9 App. Torino 21.02.2000, en un caso de *mobbing* familiar. V. comentario a dicha sentencia por DELCONTE: "Il mobbing entra in famiglia?", en *Fam. dir.*, 2000.

10 Cass. 07.06.2000, n. 7713, sentencia que abrió camino, en Italia, al denominado "*daño existencial*".

por parte del progenitor no custodio¹¹ o bien comportamiento del progenitor custodio que impide u obstaculiza el ejercicio del derecho de visita del otro progenitor o de los abuelos¹²; daño a los hijos por parte de un progenitor que denigra al otro (el conocido como “*síndrome de alienación parental*”); negativa a reconocer a un hijo; desconocimiento de la verdadera paternidad de un hijo por parte del marido y supuesto padre; ocultación voluntaria de disfunciones sexuales antes del matrimonio y renuncia a curarse durante el curso de la convivencia matrimonial con negativa a mantener relaciones sexuales¹³; concepción y nacimiento de un hijo enfermo, a sabiendas del carácter hereditario de su enfermedad o daños prenatales provocados por el consumo de alcohol, estupefacientes o mala nutrición de la madre durante el embarazo¹⁴; ocultación o/y transmisión de enfermedades entre los esposos o a los hijos; intromisión arbitraria en las comunicaciones de familiares; inter-

11 Cass. 08.02.2000, n. 1365, Trib. Brindisi 30.10.2001 y Trib. Venezia 30.06.2004, que han afirmado que el progenitor no custodio que no ejercite su deber de visita según la modalidad establecida por el juez puede ser considerado responsable, además de frente a los hijos, frente al otro progenitor, a luz del principio de responsabilidad que los progenitores tienen la obligación de respetar en el cumplimiento de sus propios deberes en interés de los hijos. En tales casos, más que una finalidad resarcitoria del daño, la cuantía indemnizatoria serviría de aportación económica que permitiese al progenitor custodio valerse de una ayuda alternativa a la que debería haber proporcionado el progenitor no custodio e incumplidor del derecho-deber de visitas. Para un estudio más detenido de esta cuestión, *vid.* MIGUELA: “Il risarcimento del danno derivante del c.d. illecito endofamiliare”, *cit.*, págs. 73-76.

12 Trib. Roma 13.06.2000 y Trib. Monza 05.11.2004.

En Italia, la Ley 54/2006 introdujo en el *Codice civile* el art. 709 ter en materia de incumplimiento de custodia, según el cual: “*Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell’affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all’articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.*”

A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente;

2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;

3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell’altro;

4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari”.

13 Trib. Milano 10.02.1999, en el que en un juicio de cesación de los efectos civiles del matrimonio, la esposa interpuso demanda reconventional de resarcimiento del daño por la carencia de “masculinidad” del marido desde los inicios del matrimonio, la cual le había causado un daño biológico y a la vida de relación por falta de maternidad. Al respecto, el órgano judicial excluyó la subsistencia del nexo causal entre la conducta del cónyuge incumplidor y el daño ocasionado en consideración a la conducta de la mujer, quien durante más de veinte años había aceptado continuar la convivencia con el marido sin recurrir a ningún remedio jurídico pese al disturbio psíquico. V. comentario a dicha Sentencia de BONA: “Violazione dei doveri genitoriali e conguagli: una nuova frontiera della responsabilità civile?”, en *Dir. fam. pers.*, 2001.

14 Trib. Piacenza 31.07.1950: es el llamado, por la doctrina italiana, “*daño a la procreación*”.

rupción del embarazo decidida individualmente por la madre sin consultar previamente a su pareja; obstaculización por parte de los padres a sus hijos al adecuado desarrollo de su identidad sexual, etc.

Éstas y otras muchas hipótesis imaginables de daños al familiar más débil por el que se cree más fuerte son, sin duda, de muy variada índole, si bien presentan un denominador común: existencia de un daño (patrimonial o no patrimonial) injusto que, por una u otra razón, escapa a los remedios típicos específicos del Derecho de Familia y, tal vez por ello, el indemnizatorio pueda adecuadamente repararlos.

3. Argumentos en pro y en contra de la aplicación de la disciplina resarcitoria a los daños ocasionados en el interior de las relaciones familiares

La cuestión primordial de la problemática en estudio consiste en determinar si resulta procedente la reparación de los daños cuando éstos se producen entre los integrantes de grupo familiar o si, por el contrario, la pertenencia a una familia hace inviable dicha pretensión resarcitoria sobre la base de una suerte de “*inmunidad endofamiliar*” (esto es, daño sin responsabilidad).

La peculiaridad, impermeabilidad y autosuficiencia que, desde siempre, han caracterizado tradicionalmente al Derecho de Familia, como si de un autónomo *corpus iuris* se tratase, podrían impedir la entrada, en dicho ámbito, a la tutela resarcitoria del art. 1902 C.c.

Súmese a ello que el ingreso del art. 1902 C.c. en el interior de la familia y, por tanto, la determinación de un familiar culpable y otro inocente nos devolvería a un pasado, afortunadamente, hoy superado mediante la supresión del delito de adulterio y la posibilidad de obtener una separación o divorcio sin causa.

Además, una posición contraria al resarcimiento de los daños intrafamiliares podría fundarse en la idea de que los deberes derivados del matrimonio y de la filiación no tienen un contenido susceptible de apreciación pecuniaria; en la duplicidad de sanciones, la procedente del Derecho de Familia y la del resarcimiento del daño; y en la especialidad de las normas del Derecho de Familia, que impide la aplicación, en dicho ámbito, de las normas generales de responsabilidad por hechos ilícitos (*lex specialis derogat generalis*).

Así las cosas, el silencio del legislador en relación a la cuestión que

abordamos debería interpretarse como una negativa al resarcimiento de los daños interfamiliares.

Frente a dicha postura, a favor de la procedencia de las reclamaciones resarcitorias por daños ocasionados en el seno de relaciones familiares, puede esgrimirse el argumento de que el art. 1902 C.c., el cual, pese a conservar intacta su originaria redacción desde 1889, ha encajado perfectamente en la dinámica social posterior a su entrada en vigor, no se circunscribe a un ámbito concreto, sino que se trata de una norma general, siendo, pues, el “*naeminen laedere*” o deber de no dañar también aplicable a la dimensión familiar o doméstica, de modo que el que ha causado un daño injusto a otra persona, con independencia de su *status* familiar (el precepto alude a “*el que por acción u omisión causa daño a otro...*”, sin especificar que el agente dañoso y la víctima del daño no puedan ser familiares entre sí), debe repararlo.

Cierto es que el legislador no prevé expresamente el derecho a una indemnización reparadora en el Derecho de Familia, pero también lo es que no ha excluido explícitamente la operatividad del remedio resarcitorio en el ámbito doméstico.

Por otra parte, la familia, en nuestros días, es lugar de autorrealización y desarrollo de la personalidad del individuo, razón por la cual la cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones internas familiares conecta directamente con la resarcibilidad de la lesión de los derechos fundamentales e irrenunciables de la persona (salud, integridad física y psíquica, intimidad, honor, imagen, libertad sexual, etc.) reconocidos y garantizados, tanto a título individual, como en cuanto miembro de una familia, por nuestra Carta Magna. Es el “*derecho al yo*”, el cual no puede verse lesionado, restringido o anulado en modo alguno por formar parte de una familia, que es, precisamente, el vehículo más importante de realización plena de la persona.

Lejos, por fortuna, queda ya el modelo patriarcal de la familia regido por el principio de jefatura del marido-padre, a quien quedaban subordinados los derechos de los restantes integrantes del núcleo familiar. La inmunidad de la que, durante mucho tiempo, han gozado los progenitores en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos sólo se explica bajo una concepción autoritaria de la familia, la cual ya no corresponde a la actual relación paterno-filial, en la que el interés superior del menor es, precisamente, el parámetro de legitimidad para el ejercicio de la potestad por parte

de los padres. Todos los integrantes de la familia son titulares de derechos fundamentales inviolables, también, cómo no, los hijos.

Así las cosas, conforme a la actual concepción paritaria de la familia, al ingresar en ésta, la persona no ha de despojarse de los derechos y libertades fundamentales que le son reconocidos y garantizados por la Norma Suprema. Nos situamos, pues, en una visión constitucional de la familia. Es el respeto a la dignidad y personalidad de cada componente familiar lo que constituye un derecho inviolable cuya lesión por parte de otro miembro de la familia, al igual que por parte de un tercero extraño a ella, se convierte en el presupuesto lógico de la responsabilidad civil¹⁵.

De este modo, el bien jurídico protegido es un derecho constitucional cuya tutela es reconocida *erga omnes* (vgr. dignidad, integridad, intimidad, honor, salud, libertad religiosa, etc.), independientemente de que exista una relación familiar entre los sujetos implicados¹⁶, pues la defensa de los derechos fundamentales que corresponde a cada individuo no puede ser desconocida sólo porque la lesión o agresión a tales derechos provenga de un sujeto ligado a aquél por un vínculo familiar. De acuerdo con ello, el daño no deriva directamente de la mera violación de un deber conyugal (cuyo significado y valor depende del comportamiento tolerante de un cónyuge respecto a determinadas conductas del otro y de la entidad de la infracción, piénsese, por ejemplo, en el deber de fidelidad)¹⁷ o paterno-filial, sino de la gravedad de la conducta, tal de comportar una lesión de un derecho absoluto, fundamental e inherente a la persona (con independencia de su *status* familiar) de rango constitucional, la cual justifica una condena resarcitoria.

En cuanto a la innecesariedad de acudir al art. 1902 C.c., dado que los especiales remedios de tutela específicamente previstos por el legislador, civiles (separación, divorcio, privación de la patria potestad, impugnación

15 Conforme a la Cass. 07.06.2000, n. 7713, "*la lesione dei diritti fondamentali, collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti è passibile di sanzione risarcitoria, per il solo fatto in sé della lesione indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare. L'art. 2043 c.c. che prevede il risarcimento del danno ingiusto deve essere posto in relazione con gli artt. 2 e ss. della Costituzione che tutelano la persona umana*".

16 Así lo afirma MIGUELA: "Il risarcimento del danno derivante del c.d. illecito endofamiliare", cit., pág. 49.

17 Trib. Milano 04.06.2002, n. 14196, ha excluido que la mera violación del deber de fidelidad pueda tener fines resarcitorios, cuando la conducta no sea caracterizada de particular gravedad y lesividad.

Tal vez habría que diferenciar aquellos deberes que son excluibles por los cónyuges, como el de fidelidad y convivencia, de aquellos absolutos e inderogables como el de colaboración y asistencia material y moral, que se dirigen a tutelar no ya el *status* de cónyuges, sino los derechos fundamentales de la persona.

de paternidad, etc.) y, en su caso, penales (delitos contra los derechos y deberes familiares), ya solventan, adecuadamente, las controversias familiares garantizando la libertad de la persona, ha de decirse que entre ambos sistemas de remedios no existe incompatibilidad alguna¹⁸, puesto que uno se funda en la vulneración de las reglas del matrimonio o de la relación paterno-filial y el otro en la reparación económica de un daño causado por violación de un derecho fundamental de la persona, daño que los mecanismos típicos familiares no son capaces de cubrir al no gozar de naturaleza resarcitoria (con la salvedad de la previsión legal en caso de nulidad matrimonial), resultando impune quien, a sabiendas, cometió un daño injusto a otro familiar. La naturaleza, funciones y límites son distintos y, por ello, no son excluyentes. El remedio general resarcitorio del daño endofamiliar es, por consiguiente, autónomo respecto a los propios del Derecho de Familia.

Es evidente, como acabamos de señalar, que los remedios específicos del Derecho de Familia, en ciertos supuestos, son insuficientes para reparar daños ocasionados entre componentes de una misma familia. A título de ejemplo, si el cónyuge económicamente más fuerte sufre una grave agresión a un derecho fundamental por parte del patrimonialmente más débil, quien, incluso, puede ser acreedor de una pensión compensatoria por desequilibrio económico tras la crisis matrimonial, o bien la suspensión de la patria potestad por incumplimiento de deberes paterno-filiales, son supues-

18 Tal incompatibilidad parece asomar en las SSTs, 1ª, 22.07.1999 y 30.07.1999 (esta última comentada por RANGEL SÁNCHEZ, en *CCJC*, núm. 52, 2000, págs. 153-163). En ambos litigios los demandantes reclamaban a sus ex esposas sendas indemnizaciones por los daños patrimoniales y morales que habían padecido por la infidelidad de éstas, de la que había resultado el nacimiento de varios hijos, cuya paternidad les había sido atribuida. Tras prosperar, en ambos pleitos, la impugnación de paternidad, solicitaban (con fundamento en las normas de responsabilidad contractual, en un caso, y extracontractual, en el otro) una indemnización por las cantidades pagadas en concepto de alimentos y por daño moral. El Tribunal Supremo denegó toda indemnización: en la Sentencia de 22 de julio, consideró irrelevante el adulterio a efectos indemnizatorios y adujo la falta de prueba del dolo de la mujer en cuanto a la ocultación de la paternidad biológica de un tercero; y en la de 30 de julio (que, por razones procesales, no entró a examinar la pretensión de restitución de las pensiones alimenticias) afirmó que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es su consideración legal como causa de separación matrimonial, pues "lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar".

En cambio, en Italia, la S. Cass. 19.06.75, n. 2468, establece: "*La violazione da parte di un coniuge dell'obbligo di fedeltà, a parte le conseguenze sui rapporti di natura personale, può anche costituire, in concorso di particolari circostanze, fonte di danno patrimoniale per l'altro coniuge, per effetto del discredito derivantegli; trattandosi però di un danno non necessariamente conseguente alla subita infedeltà, né da essa desumibile come potenziale, ma solo possibile nel caso concreto, per la pronuncia di una condanna generica al risarcimento di esso non può ritenersi sufficiente la semplice dimostrazione dell'infedeltà medesima, occorrendo anche la prova delle circostanze che abbiano determinato, nel caso specifico, l'incidenza patrimoniale concreta, o quantomeno potenziale, di quell'illecito*".

tos en los cuales se dejan sin reparar determinados perjuicios, lo que permite deducir que tales remedios no tienen por finalidad tutelar a un familiar frente a la conducta ilícita de otro (de ser así, el legislador podía haberlo previsto, como en el caso del cónyuge de mala fe en la nulidad matrimonial), siendo, por consiguiente, posible, dar entrada a la responsabilidad civil aquiliana en el contexto familiar.

Además de todo ello, podría verse en el remedio resarcitorio una finalidad disuasoria de una conducta familiar ilícita.

La diversidad de supuestos en los cuales pueden plantearse reclamaciones por daños intrafamiliares y las particularidades propias de cada situación impiden establecer parámetros generales y abstractos para la aplicación de las normas de responsabilidad civil por daño grave y deliberado a los derechos fundamentales de un familiar como consecuencia de la violación de deberes conyugales o paterno-filiales, debiéndose tener en cuenta, en el análisis de cada caso, las concretas circunstancias concurrentes y el merecimiento o no de una tutela resarcitoria, pues, como es natural, es inaceptable acudir indiscriminadamente al remedio indemnizatorio y patrimonializar, en exceso y en modo abusivo, las relaciones familiares.

Nuestros tribunales, conforme a su mayor o menor sensibilidad y apertura hacia la tutela aquiliana de los daños ocasionados en el interior de las relaciones familiares, tienen, pues, la palabra¹⁹.

19 Recientemente, en nuestro trabajo “La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares”, en *RDPat.*, núm. 26, 2011, págs. 335-347, hemos tenido la oportunidad de comentar la STS. de 14 de julio de 2010 (JUR 2010\326836), en la cual el ex marido ejercitaba una acción de responsabilidad civil por daños físicos, morales y patrimoniales derivados de la infidelidad de su ex esposa, si bien el TS no llega (al igual que las instancias inferiores) no llega siquiera a pronunciarse sobre la operatividad o no de la disciplina resarcitoria en el ámbito familiar, puesto que tan sólo aborda la cuestión jurídica consistente en si había prescrito o no la acción ejercitada por el demandante-recurrente contra su ex esposa, a quien reclamaba algo más de medio millón de euros por daños morales, físicos y psicológicos, deterioro de su fama, honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que una hija, tenida durante cierto tiempo por matrimonial, no había sido engendrada por el demandante. De todos modos, por lo que puede deducirse del pronunciamiento judicial objeto de comentario al citar algún pronunciamiento que reconocía la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones subsiguientes a una crisis matrimonial (en concreto, la STS de 30 de junio de 2009, RJ 2009, 5490), la responsabilidad civil aquiliana en el interior de la familia no resulta, por sí misma, excluida.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR CONSTRUCCIÓN EN SUELO –TOTAL O PARCIALMENTE– AJENO

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

SUMARIO.– I. Planteamiento general de la cuestión a partir de un caso particular: el menoscabo económico del suelo restante segregado tras la accesión: ¿un daño que indemnizar o un valor que reintegrar? Necesaria distinción entre la obligación de compensar el valor de lo accedido y la –posible– de indemnizar los daños causados en –cualquier– caso de accesión inmobiliaria. – II. En particular, la correcta estimación del menoscabo económico del suelo segregado tras la accesión como daño reparable, y la precisa previsión de la reintegración por enriquecimiento injusto en el régimen legal propio sobre accesión. – III. En general, la posible justificación de la concesión de indemnización sólo en los casos de accesión invertida; y, no obstante, su ocasional oportunidad en cualquier accesión en tanto haya daño que reparar.

I. Planteamiento general de la cuestión a partir de un caso particular: el menoscabo económico del suelo restante segregado tras la accesión: ¿un daño que indemnizar o un valor que reintegrar? Necesaria distinción entre la obligación de compensar el valor de lo accedido y la –posible– de indemnizar los daños causados en –cualquier– caso de accesión inmobiliaria.

Cuando en suelo ajeno se construye ilegítimamente (sin derecho para hacerlo) y de mala fe (a sabiendas de tales ajeneidad e ilegitimidad), en principio, el constructor invasor no tiene ningún derecho a indemnización

(art. 362 CC), menos aún en caso de demolición, pues incluso será él quien deberá sufragar los gastos de la demolición y, también, los necesarios para dejar el suelo invadido en su estado anterior a la invasión (art. 363 CC). Todo ello, al margen de que si ha causado algún daño adicional asuma además una obligación resarcitoria (art. 1902 CC).

Diversos son, en cambio, los efectos debitorios de la accesión inmobiliaria cuando resulta aplicable el art. 360 CC (para el caso de construcción en suelo propio con materiales ajenos) o, en cambio, lo es el 361 CC (para el supuesto de construcción en suelo ajeno hecha de buena fe). En ambos se regulan obligaciones, evidentemente, pecuniarias, al no ser posible la restitución *in natura*, pues ello supondría la propia destrucción del edificio. No obstante tal coincidencia, en tales arts. 360 y 361 CC se regulan dos tipos de deudas pecuniarias: la una restitutoria y la otra indemnizatoria¹.

Recientemente, sin embargo, en parte confundiéndolas, la STS de 12 febrero 2008, vino a negar cualquier indemnización cuando se tratara de construcción realizada en suelo totalmente ajeno (supuesto típico, expresamente regulado en el art. 361 CC), y a sólo admitirla en el caso de construcciones extralimitadas, realizadas en suelo en parte propio y en parte ajeno (caso no directamente contemplado en el CC y solucionado en España con la conocida accesión invertida, que aplica el inciso final del art. 361 CC)².

1 Es la distinción que en Italia se hace entre la *indennità* y el *risarcimento del danno*. Y entre los nuestros, *vid.*, por todos, BASOZABAL ARRUE, X (*Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, pp. 284 y 285, entre otras).

2 Por abordar la STS de 12 febrero 2008 la diversa repercusión económica que el art. 361 CC tiene según se aplique a la accesión normal o a la invertida, imprescindible parece hacer, aunque sea en nota, una previa y general referencia a tal distinción de accesiones, siendo la una expresamente contemplada por el art. 361 CC y la segunda obra de la jurisprudencia (desde la conocida STS de 31 mayo 1949), que la denomina accesión invertida por invertir el principio general que en dicha norma subyace: ante todo, se estima antieconómico aplicar estricta y rígidamente los arts. 361 y ss CC, que regulan la hipótesis de construcción en suelo ajeno. Su aplicación obligaría a demoler la edificación, como mínimo en su parte extralimitada, aun siendo el constructor de buena fe, o a constituir sobre ella una especie de copropiedad –absurda o anormal, por su forzosa división lineal en vertical–. En su lugar, se propone aplicar el art. 361 de forma invertida, siendo el modo de proceder a tal inversión bastante simple: sabiendo que el principio *superficies solo cedit* es concreción del más genérico principio *accessorium sequitur principale*, y creyendo que ambos se fundan, tratándose de inmuebles, en el mayor valor económico-social del suelo que de lo que sobre él se construya o se plante, el paso lógico siguiente es fácil cuando la obra está a caballo entre dos suelos: si el valor económico-social de esa obra unida al del suelo del constructor resulta mayor que el del suelo ajeno parcialmente ocupado habrá de concluirse que lo principal es aquella obra con la parte de suelo propio del edificante y que lo accesorio es el suelo ajeno invadido. De este modo queda invertida la fórmula *superficies solo cedit*; o, como es muy común decir en la jurisprudencia, queda aquélla en realidad derogada y reemplazada, o sustituida, por la más amplia de *accessorium cedit principali*. De este modo se ha integrado una laguna legal conforme al sistema general de fuentes: aplicando *ex art.* 1.4 CC un principio general del Derecho, el de “*accessorium sequitur principale*”. Aunque se ha hecho a costa de invertir otro principio, concreción de aquél, el del *superficies solo cedit* hasta darle un giro de 180°, para convertirlo

Se trataba en el caso que resolvía aquella STS de una obra hecha de buena fe en suelo totalmente ajeno, de condominio ajeno, ante la cual uno de los comuneros, en representación de los demás, solicitaba, en defecto de la demolición de la obra, la venta del terreno ocupado por ella, en aplicación de la segunda opción del art. 361 CC, y, además, una indemnización por los daños que han causado el tiempo transcurrido desde la ocupación del terreno y el menoscabo del valor de la parcela restante. La sentencia de primera instancia deniega tal indemnización, la de apelación la admite, y el TS de nuevo la deniega, alegando como razón, en el tercero de sus Fundamentos Jurídicos, que *“el art. 361 CC no otorga derecho al dominus soli para reclamar ningún daño originado por la construcción de buena fe por tercero en su terreno, únicamente la opción que contiene, seguramente por creer que ello es suficiente para la defensa de su propiedad. Sólo en el supuesto en que opere la accesión invertida, que supone una invasión parcial del terreno ajeno por la construcción y de buena fe, obliga al que construyó no sólo al pago del valor del terreno ocupado sino también a la indemnización reparadora de los daños y perjuicios, comprensivos del menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del art. 1901 CC (sentencias de 29 julio 1994 y 12 diciembre 1995)”*.

Aunque en apariencia parecía con tal afirmación secundar una jurisprudencia ya consolidada, la singularidad de esa STS de 2008 fue la de apoyarse en el art. 1901 CC para justificar aquella adenda pecuniaria que se añade al valor del suelo ocupado. En cambio, antes de tal sentencia, toda la jurisprudencia siempre había venido fundamentando dicha indemnización en el art. 1902 CC, sobre responsabilidad extracontractual o por daños (así, las SSTs de 15 junio 1981³, de 1 octubre 1984, de 29 julio 1994, o la de 12 diciembre 1995, entre otras que la propia STS de 2008 cita).

De dicho contraste en el fundamento jurídico empleado inevitablemente surge la duda: ¿se trata de un simple *lapsus* o de un auténtico error?; y sea lo uno o lo otro, ¿cuál de tales SSTs lo comete?; en particular, el

en la excepción *solum superficiei cedit* (o *solo cedit superficie*, según dijo la STS de 10 diciembre 1980). Lo impone, según suele decirse, la necesidad de asegurar la buena vecindad y la de proteger la riqueza inmobiliaria cuando el edificio tiene mayor valor económico e importancia social que la porción de suelo ajeno invadido.

³ Que fundamenta la aplicación del art. 1902 CC: en particular, en la concurrencia de los requisitos del daño, el acto negligente y la causalidad entre ambos; y, en general, en el principio general del Derecho del *neminem laedere*. Le sigue la STS de 1 octubre 1984, también citada en texto.

menoscabo económico del suelo restante segregado tras la accesión: ¿es un daño que indemnizar, *ex art.* 1902 CC, o un valor que reintegrar, *ex art.* 1901 CC?; y más allá del caso de accesión que resolvía aquella STS citada, ¿es compatible, en general, el régimen de la responsabilidad extracontractual con el de la accesión inmobiliaria?

II. En particular, la correcta estimación del menoscabo económico del suelo segregado tras la accesión como daño reparable, y la precisa previsión de la reintegración por enriquecimiento injusto en el régimen legal propio sobre accesión.

Al comentar la STS de 12 febrero 2008 citada, antes que nosotros⁴, Caballero Lozano⁵ consideró que dicha STS en verdad se apoyaba en el art. 1902 CC y que “la cita del art. 1901 CC seguramente se debía a una errata, ya que ese precepto versa sobre la prueba del error en el cobro de lo indebido”. Sorprende tal afirmación cuando tras ella insistentemente, a lo largo de todo su comentario, dicho autor criticará que el apoyo de la indemnización sea el 1902 CC proponiendo en su lugar que lo sea la equidad o, más particularmente, el enriquecimiento injusto, cuando éste puede encontrar genérico reconocimiento, precisamente, en el art. 1901 CC⁶.

La opinión del TS señalada que por su reiteración sí forma jurisprudencia, en su referencia al art. 1902 CC, ya fue hace tiempo defendida pacíficamente por la doctrina⁷, condicionando, como es habitual, la aplicación del art. 1902 CC tanto a la existencia de daño, como a la de culpa o negligencia en el edificante causante del mismo.

4 En Revista de Derecho Patrimonial, 2009, p. 435 y ss.

5 En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 78, 2008, pp. 1401-1417.

6 Como decía LACRUZ BERDEJO, JL (*Notas sobre el enriquecimiento sin causa*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1969, p. 569 y ss), el art. 1901 CC está “dividido en dos partes: la primera, en relación inmediata con el pago de lo indebido, estableciendo la presunción de error, y la segunda, autónoma y ajena a aquel instituto, relativa a la firmeza de determinados desplazamientos patrimoniales”. “En suma –concluí–, del art. 1901 se deduce que cualquier prestación hecha sin causa alguna que la justifique, es decir, absolutamente indebida, puede ser reclamada por quien la realizó, por cuanto lo prestado sólo puede conservarse por el *accipiens* mediando liberalidad u otra justa causa. Hay base en tal precepto, pues, para construir una *condictio sine causa generalis*; una acción genérica de enriquecimiento injusto, de ámbito y eficacia distintos a la típica *condictio indebiti*, y en la cual –contrariamente a ésta– ni el error es presupuesto de la acción, ni, para enervarla, se preocupa el art. 1901 del *indebitum*, ni del error”.

7 Así, por MANRESA Y NAVARRO, JM (*Comentarios al CC español, T. III: Arts. 333-429*, Madrid, 1904, pp. 194 y 195), luego por LACRUZ BERDEJO, JL (*Elementos de Derecho Civil, III: Derechos reales, vol. 1º: Posesión y propiedad*, ed. por A. Luna Serrano, Madrid, 2000, p. 135); y, siguiéndoles recientemente, por BASOZABAL ARRUE, X (p. 306).

Mas precisamente en esto último, la aplicabilidad del art. 1902 CC, como compatible con la del art. 361 CC, ha sido muy criticada en la mayoría de la doctrina más reciente, fundamentalmente porque la buena fe en sede de accesión, exigida por el art. 361 CC y entendida como error excusable o diligente (de la ajeneidad del suelo sobre el que se construye, o de la inexistencia o insuficiencia de título para hacerlo), nada tiene que ver con la negligencia, con la falta de diligencia precisamente, que *ex lettere* exige el art. 1902 CC⁸. También cabría añadir que el régimen legal del CC sobre accesión es especial y, por tanto, de aplicación preferente al del art. 1902 CC, viéndose que en aquél la buena o mala fe tiene sus propias consecuencias, incluso a veces resarcitorias del perjuicio causado cuando el Código así lo quiere, agotando de este modo toda posible consecuencia jurídica que pueda derivarse de la mala fe del constructor (vgr., en el art. 360 CC, añadiendo una indemnización por la mala fe causante del daño, o en los arts. 362 y 363 CC, negando cualquier compensación a favor del constructor de mala fe)⁹.

Aun siendo cierto esto último, que la culpa o negligencia exigida por el art. 1902 CC se contradiga con la buena fe exigida en el art. 361 CC, y entendida ésta como error excusable, o diligente¹⁰, sólo resultaría admisible de atender a la letra de aquella norma, ignorando la consabida objetivación que por obra de la propia jurisprudencia ha experimentado hasta prescindir de la idea de culpa para fundarse, al menos principalmente, en la efectiva causación de un daño o perjuicio. La incompatibilidad, más aparente que real, entre ambas normas es por tanto salvable¹¹.

8 Por esta razón hacen tal objeción, GARCIA GARCIA, JM (*Sentencias comentadas del Tribunal Supremo [Derechos Reales e Hipotecario]*, Madrid, 1982, pp. 53 y 54); LAUROBA LACASA, ME (*Comentario a STS de 12 de diciembre de 1995*, en CCJC, 1996, p. 634); ALVAREZ OLALLA, P (*La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales*, en Aranzadi Civil, 1996-III, p. 16), y de forma insistente CABALLERO LOZANO, JM al comentar también la STS de 12 febrero 2008.

9 En cierto modo, sobre un caso de accesión ordinaria, lo decía la STS de 17 febrero 1992, que cita CABALLERO LOZANO en su comentario, “*que los supuestos indemnizatorios de perjuicios por vía de acciones vienen configurados por el legislador (arts. 360, 379, 382 y 383) para el caso de apreciación de mala fe, sin que el consecuente con la normativa para en caso de buena fe (arts. 360, 361, 365, 375, 382 y 383)*”. También negaba la aplicación del art. 1902 CC por su incompatibilidad con la buena fe que al edificante exige el art. 361 CC, como ya antes de ella, sobre un caso de accesión típica también, dijo la STS de 12 abril 1980.

10 Porque, aunque la culpa o negligencia y la mala fe, o bien correlativamente la diligencia y la buena fe, sean conceptos diversos, el primero, más elemental (la culpa o la diligencia), es siempre exigencia previa mínima del segundo (de la mala o de la buena fe, respectivamente). Puede verse, al respecto, en general, a DE LOS MOZOS, JL (*El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Barcelona, 1965, p. 61 y ss).

11 Lo dice la propia LAUROBA LACASA, ME (*cit*).

Por aplicación del art. 1902 CC será posible también que la indemnización a asumir por el constructor invasor se origine en el caso de los arts. 362 y 363 CC, donde dada su mala fe para nadie debe haber duda de la aplicabilidad de aquel 1902 CC.

En lo demás, nada impide que puedan darse los otros requisitos que el art. 1902 CC exige para su aplicación: la extra-contractualidad, la ilicitud o antijuridicidad¹² y la causalidad entre el acto (de edificar) y el daño.

Añádase, incluso como acierto de acudir al art. 1902 CC¹³, que con ello queda de suyo resuelto que el deber de reparar el daño constituye una deuda de valor. Al ser la del art. 1902 CC una deuda indemnizatoria, su naturaleza y calificación como deuda de valor resulta innegable, dado que la función que en ella desempeña el dinero no es la de contraprestación, sino la de funcionar como medida de valor, en equivalencia de los bienes dañados con la construcción y con la consiguiente accesión. Por eso, si probablemente la deuda indemnizatoria nace con la incorporación, esto es, con la accesión, la valoración del daño no se hará referida a aquel momento, sino al posterior en que sea reclamado su pago, siendo entonces cuando se procede a su liquidación (a su conversión en deuda líquida), rigiendo a partir de entonces el nominalismo.

Asimismo, al fundarse esta deuda indemnizatoria en el art. 1902 CC, el plazo de prescripción para su reclamación será de un año a computar desde que el dañado tuvo completo conocimiento del perjuicio (*ex art. 1968.2º in fine CC*); o, como dijo la STS de 15 junio 1981, “*desde aquel en que se acreditó el conocimiento de la invasión y consiguientemente de los daños que pudieran derivarse de la misma*”. No parece que la indemnización añadida a la reintegración contenida en el art. 361 CC merezca un plazo de prescripción diverso¹⁴.

Con todo, acaso tal vez aquella STS de 2008, arriba referida en su mención del art. 1901 CC como apoyo del deber reparador, quisiera fundamentar dicha adenda pecuniaria, no en la necesidad de indemnizar un daño, sino en la evitación del enriquecimiento injusto. No en vano, la STS de 26 febrero 1971, pionera en este punto sobre el *quantum* resarcitorio en caso

12 Que, no obstante, niega en general CABALLERO LOZANO (*cit.*), en los casos de accesión.

13 Que también advierte LAUROBA (*cit.*).

14 Como, en cambio, parece querer ALVAREZ OLALLA, P (*cit.*), al preferir justificar la deuda indemnizatoria en la equidad, no en el art. 1902 CC, para así, dice, evitar que la acción prescriba al año, como si existiesen deudas fundadas sólo en la equidad que prescriban por el plazo general de 15 años (*ex art. 1964 CC*).

de accesión invertida, decía en su Considerando 8º, que “*en la determinación del precio* –a pagar por el constructor invasor al dueño del suelo invadido *ex art. 361 CC in fine*– *no solamente ha de comprenderse el estricto valor del terreno ocupado sino todo el quebranto y menoscabo económico que repercute sobre el resto por dicha segregación por una consecuencia necesaria del principio de equidad*”. Y en esa referencia a la equidad, entendida en sentido amplio, han insistido las SSTs de 27 noviembre 1984 y de 12 noviembre 1985. Y en la doctrina, autores hay¹⁵ que, a fin de eludir el supuesto obstáculo de la exigencia de culpa contenida en el 1902 CC y el vacío del art. 361 CC *in fine*, amparan la posible indemnización en la idea de una equidad compensatoria *ex art. 3.2 CC*¹⁶. Acaso como si fuese una suerte de equidad correctora, no integradora; sin embargo, la única concepción estricta y expresa que la ley hace a la indemnización en materia de accesión se contiene en el art. 360 CC; también en el art. 361 CC, sí, pero en su primera parte, a favor del invasor, no del invadido, y estando entendida ahí la “*indemnización*” en sentido lato. Además, ¿dónde se sitúa la equidad entre las fuentes de las obligaciones que enumera el art. 1089 CC? Si se la quiere incluir en el cuasicontrato ahí ya está el enriquecimiento injusto. Y sale aquí el dato más sorprendente: que sea dicho fundamento al que acuda, aunque indirectamente a través del art. 1901 CC, la STS de 2008, al inicio citada, para justificar el plus indemnizatorio. Al comentarla, curiosamente, Caballero Lozano, aun creyendo que tal STS quería referirse al art. 1902 CC, considera que el más acertado fundamento de la indemnización en materia de accesión es el enriquecimiento injusto. A nosotros, en cambio, en absoluto nos parece aceptable dicha justificación, la de compensación por enriquecimiento injusto, para referirla a aquel menoscabo patrimonial, cuando sólo se trata de reparar un daño¹⁷:

Para empezar, si se trata de reintegrar lo que uno ha perdido y otro ha

15 Como los mencionados GARCIA GARCIA, ALVAREZ OLALLA, y, en parte, CABALLERO LOZANO.

16 “En la justicia conmutativa reparadora, no en el art. 1902 CC”, dice CABALLERO LOZANO (*cit.*).

17 Desde luego, no se trata de abordar aquí y ahora la distinción que en general existe entre el enriquecimiento injusto y la responsabilidad aquiliana o por daño; no se trata, por tanto, de entrar a pormenorizar, entre otras cosas, que mientras la responsabilidad del 1902 se fundamenta en la ilicitud, en el daño, sin necesidad de que el causante del daño se enriquezca por ello, y en su imputación (sea por culpa o por riesgo), el enriquecimiento injusto, en cambio, no exija ilicitud ninguna, ni imputabilidad, aunque pueda haberlas, y sí un empobrecimiento –correlativo y proporcional al enriquecimiento ajeno– que, sin embargo, no siempre implica un daño estricto o en sentido técnico,... Bastará aquí con ceñir la distinción entre una y otra institución al ámbito particular de la accesión.

ganado por accesión, no de reparar un daño, sin necesidad de acudir a la norma general del art. 1901 CC, antes y específicamente en los arts. 360 y 361 CC aquel principio general del Derecho, el del enriquecimiento injusto, encuentra su fundamento:

Aunque el art. 361 CC habla, en su primera parte, de “*indemnización*”, como lo hace también el art. 362 CC al exonerar al *dominus soli* de su pago, en ambos casos, como *a.e.* en el art. 487 CC, la expresión es lata, o impropia si se quiere, pues no se refiere al resarcimiento de un daño, sino a la compensación o la reintegración del valor del bien accesorio adquirido por accesión y que su anterior dueño pierde. Que esa sea su naturaleza lo prueba también la remisión expresa que el art. 361 CC hace –haciéndolo también, aunque implícitamente, el 362– a los arts. 453 y 454 CC, que se refieren, precisamente, a la liquidación del estado posesorio. Se pretende, así, abonar los gastos necesarios y útiles realizados en la obra. Porque en el fondo del art. 361 CC, como en el de los arts. 453 y 454 CC, palpita la idea de compensación, la de evitar el enriquecimiento injusto, la de obligar al *dominus soli* beneficiado, enriquecido –no voluntariamente, desde luego, sino por la accesión operada por otro (aunque, por ello, sin esfuerzo y sin coste alguno)–, a que compense, o restituya, al empobrecido, a quien por esa misma accesión pierde lo que con su dinero y esfuerzo construyó.

Lo mismo puede decirse del art. 360 CC en su referencia al “*valor*” de los materiales ajenos empleados en la obra hecha en suelo propio, al margen de la posible estricta indemnización en caso de mala fe.

Y lo mismo también puede decirse del art. 361 CC *in fine*. En su aplicación normal (no al caso de la accesión invertida), comúnmente se suele calificar esta segunda opción como de compraventa forzosa unilateralmente impuesta por el *dominus soli* invadido al constructor. No en vano, el art. 361 habla del “*precio*” del terreno. Y ciertamente es un privilegio, un beneficio que la ley otorga a quien, no obstante adquirir la obra por accesión, no quiere o no puede restituir el valor de lo adquirido y desea renunciar a tal accesión. Pero como por esa misma accesión, fundada en la unión de dos cosas inseparables, no cabe sin más devolver lo accesorio *in natura*, sino con el suelo al que se incorporó, también ha de cederse con lo accesorio lo principal, el suelo, aunque naturalmente no de modo gratuito, sino debiendo entonces el constructor restituir su valor a su anterior dueño. También se trata aquí de evitar el enriquecimiento injusto.

Se está, en fin, en cualquiera de los casos típicos de accesión inmo-

biliaria en presencia de una acción de enriquecimiento injusto aplicada a diferentes hipótesis. Fuera quedan, entre otros conceptos económicos, la posible depreciación que sufra el suelo residual invadido, el que queda restante tras su segregación y libre de la accesión, pudiendo ser valorado su menoscabo o quebranto en su valor en cambio (en venta, en renta, en garantía,...), y en su valor de uso (vgr., pérdida de luces y vistas, o de paso para el invasor, el necesario retranqueo obligado por los nuevos linderos, o la pérdida de volumen de edificabilidad,...)¹⁸; los frutos obtenidos desde la incorporación hasta la restitución¹⁹; los gastos de concordancia con la nueva realidad registral y catastral,... Tales serán daños a resarcir *ex art.* 1902 CC, no valores a compensar o restituir, por enriquecimiento de uno correlativo al empobrecimiento de otro, como, en cambio, lo es el del terreno ocupado que el constructor haya de pagar a su dueño²⁰.

III. En general, la posible justificación de la concesión de indemnización sólo en los casos de accesión invertida; y, no obstante, su ocasional oportunidad en cualquier accesión en tanto haya daño que reparar.

Aclarado ya que el correcto fundamento legal de aquella posible reparación es el art. 1902 CC, es ahora cuando, en verdad, puede plantearse el obstáculo mayor a la aplicación de tal art. 1902 CC en materia de accesión: que el régimen legal de accesión contiene, de suyo incluida, la posible reparación del daño, siendo entonces inaplicable el art. 1902 CC, en lo

18 Así, para un caso de accesión invertida sobre subsuelo, la STS de 15 junio 1985 terminaba declarando, en su Considerando 7º, como daños resarcibles *“la necesidad de tener que construir una ménsula, reforzar los forjados y la disminución del precio de los locales, derivada de la pérdida de superficie de los sótanos y de la planta baja, todo ello, del edificio construido en el terreno invadido”*.

19 Así, la STS de 30 enero 2007, sobre accesión invertida, dice, en su Fundamento de Derecho 7º, que *“el demandante –el constructor invasor– debe satisfacer los frutos civiles o una compensación por los años de disfrute que ha tenido sobre la finca”*.

20 Al menos en su letra, la STS de 12 febrero 2008 no comete tal confusión, pero fundamenta la posible indemnización por daño *–“por el menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida”–* en el art. 1901 CC. Sea simple desliz –pues de hecho habla de la “indemnización reparadora” de tal menoscabo–, sea auténtico error –para imbuirlo en el pago del valor del suelo invadido–, lo cierto es que tal referencia al art. 1901 CC hay que entenderla correctamente referida al art. 1902 CC, como lo hacían las SSTs de 29 julio 1994 y 12 diciembre 1995, que la propia STS de 2008 cita, y como ya antes de todas ellas, lo hacían la de 15 junio 1981, y siguiéndola, la de 1 octubre 1984, en cuyo Considerando 6º decía: *“si la invasión del terreno ajeno produce además un daño o perjuicio distinto de la privación del dominio, es lógico y justo que tenga que ser reparado, por exigencia del principio general del Derecho de neminem laedere, por lo que puede decirse –concluída– que el medio legal de repararlo evitando que quede impune, no puede ser otro que el aquí utilizado de la acción aquiliana del art. 1902 CC”*.

normativo por ser régimen general sólo aplicable supletoriamente, y en lo sustancial, y más importante, por su innecesidad, como poco, o incluso por evitar la duplicidad de indemnizaciones por un mismo perjuicio. No lo dice así, pero parece insinuarlo la STS de 12 febrero 2008 cuando en su *ratio decidendi*, contenida en su Fundamento Jurídico 3º, antes de referirse al art. 1901 CC –*rectius*, al 1902–, dice que “*el art. 361 CC no otorga derecho al dominus soli para reclamar ningún daño originado por la construcción de buena fe por tercero en su terreno, –sino– únicamente la opción que contiene, seguramente por creer que ello es suficiente para la defensa de su propiedad. Sólo en el supuesto en que opere la accesión invertida*”, cabrá añadir la correspondiente indemnización. *¿Quid iuris?*

Ciertamente, la alternativa que, como novedad frente a otros Códigos, ofrece nuestro art. 361 CC al introducir la segunda opción obedece, en parte, a la posibilidad de que la obra levantada en suelo ajeno sea dañina para su dueño, no implique una estricta mejora, o simplemente no interese al *dominus soli* porque no la quiere o porque no puede pagarla. Aunque para algunos aún resulte enigmático tal inciso final del art. 361 CC, cuya razón de ser ha sido negada por algunos²¹, o en donde incluso se ha querido ver reconocida la accesión invertida²², la respuesta puede verse en los *Motivos* de García Goyena al Proyecto de Código Civil de 1851, en cuyo art. 404 se introdujo aquella novedad. De él decía Goyena:

“Es diferente del 555 Frances, y mucho mas sencillo y equitativo, como puede verse por su cotejo. Coincide en el fondo con el párrafo 30, título 1, libro 2, Instituciones, y las leyes 41 y 42, título 28, Partida 3, que niegan toda repetición al que edificó ó plantó de mala fe en suelo ageno y la conceden al que lo hizo de buena.(...) El artículo adopta esta diferencia capital y equitativa, desembranzándola de las distinciones injustificables de si el dueño del terreno es ó no muy pobre, si el que edificó ó plantó está o no en posesión, si han de abonarse los frutos percibidos entretanto; disposiciones con que el Derecho Romano y Patrio embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad de su pensamiento en lo principal... El accidente de poseer ó no el edificante ó plantante, de ser rico ó pobre el dueño del suelo,

21 Como FALCON, M (*Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, Común y Foral, T. II, 4ª ed.*, Barcelona, 1893, p. 143).

22 Según MOLL DE ALBA, C (*La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004, pp. 169, 236 y ss).

¿puede cambiar la justicia en el fondo? (...) El artículo descansa en la regla de derecho civil ó principio del natural, que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fe; y la eleccion que en él se da al dueño del terreno salva lo dispuesto por regla general en los artículos 396 y 401”.

Así queda claro: se parte de que la accesión siempre opera *pro domino soli*, por el principio *superficies solo cedit*, ex arts. 396 y 401 del Proyecto (actuales 353 y 358 CC²³), pero se considera que puede resultar dañina o indeseable para él una obra que no hizo por su propia voluntad, pudiendo ser que no quiera –o no pueda– pagarle al constructor –siempre de buena fe– el valor de tal obra. Para eso está entonces el inciso final del 361, que si bien protege al dueño del solar, en nada perjudica al constructor que al ser de buena fe creía poder hacer la obra, que deseaba hacerla para sí por creer estar legitimado para ello, no pudiéndose admitir, entonces, su rechazo a tal venta impuesta²⁴. Por su buena fe hay que presumir que esa es su voluntad. En cambio, para el dueño del suelo invadido la ley es consciente de que por el mecanismo de la accesión se le impone una obra que no hizo ni adquirió *ex voluntate*²⁵. Justo, o proporcional, entonces, es que pueda deshacerse de tal obra vendiéndola de un modo forzoso al constructor en justa proporción a la forzosa accesión que a aquél impuso la ley.

Por eso, el art. 361 CC contrasta con la falta de opción contenida en el art. 360, porque en esta norma la accesión opera a favor del propio *dominus soli* que ya demostró su voluntad de querer los materiales que empleó en la realización de la obra en su propio suelo, bien por creer que eran suyos, o bien por lo contrario, porque sabiendo que no lo eran, sin embargo los empleó para su obra, siendo presumible, entonces, su voluntad de apoderamiento.

Y esto es lo que no prevén –descuidadamente, según parece ser– los demás Códigos, destacando tal diferencia Goyena como mejora del nues-

23 Porque sólo nuestro Código ha sabido reflejar adecuadamente la máxima *superficies solo cedit* en su natural ámbito de aplicación en una norma carente, no por casualidad, de correlativo en los Códigos francés, italiano, y tantos otros. Es nuestro art. 358 CC, que respetuosamente, con la tradición jurídico-romana, y originalmente, frente a otros Códigos, dice: “Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos –¡ajenos, dice!–, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”

24 En cambio, la admite FALCON (*cit.*), aunque, precisamente, se trata de quien le niega razón de ser al inciso final del art. 361 CC.

25 Como dice BASOZABAL ARRUE (p. 300), experimenta un enriquecimiento “impuesto”.

tro. Se establece, así, un paralelismo con el caso en que el constructor *in solo alieno* sea de mala fe, aunque en este caso no hay peligro de imposibilidad de asumir la obra, pues el dueño del solar en tal caso la adquiere gratuitamente (art. 362 CC); sí puede ser que tampoco quiera entonces la obra, porque le sea dañina o en nada le beneficie, mas ahí está el 363 CC previendo su demolición a costa de quien la hizo de mala fe, siendo, no por casualidad, tal norma una originalidad del art. 406 Proyecto CC-1851 que no se contemplaba en el Proyecto CC-1836 (que sólo contenía el equivalente al actual 362, no el 363 ni el 364 de ahora). Con ese añadido del vigente 363 CC, amén de proteger al dueño del terreno, en nada queda beneficiado el constructor que, no en vano, obró de mala fe.

Siendo esa la razón del 361 *in fine* y, en general, de la alternativa contenida en dicha norma, tal vez por ello entienda la STS de 12 febrero 2008 que en la accesión típica “*la opción que contiene –aquella norma– seguramente –dice, aunque parece que titubeante– es suficiente para la defensa de la propiedad*” del suelo, sin que sea necesaria una adenda indemnizatoria; en la elección que ofrece el art. 361 CC, entre pagar la obra o vender el suelo ocupado por la obra, se entiende eludido cualquier otro posible perjuicio. Mas, siendo ello así, ¿por qué, entonces, el TS admite *a priori* un plus reparador en la accesión invertida para el caso de obras construidas en suelo en parte propio y en parte ajeno? Nada dice la STS de 2008, pero tal vez sea porque no parece haber en ella opción para el dueño del solar en parte invadido, sino imposición de la segunda alternativa, precisamente, del art. 361 CC; en efecto, frente a la voluntariedad que la jurisprudencia otorga a la accesión ordinaria en el art. 361 CC (donde ésta no opera automáticamente, sino dependiente de la opción que elija el *dominus soli*), en la invertida, en cambio, la jurisprudencia estima que la accesión opera automáticamente por aplicación forzosa del art. 361 CC *in fine*: puesto que la accesión invertida ha supuesto la inversión del art. 358 CC, lógica y necesariamente hay que aplicar el inciso final del 361 CC²⁶.

26 Lo decía compendiosa y rotundamente la STS de 11 diciembre 1978, en su Fundamento de Derecho 1º: que la accesión invertida “*no es sino la ejecución forzosa de esa segunda opción del tan citado art. 361 del CC*”. Idéntica frase contiene la STS de 22 noviembre 1989, con la única salvedad de hablar de “*mera*” ejecución forzosa del 361 *in fine*; y exacta idea se contiene en la STS de 10 diciembre 1980, al decir que la accesión invertida supone “*obligar al dueño del terreno a aceptar aquella opción –refiriéndose a la segunda, o última– del art. 361 CC*”. Por ello, la STS de 17 febrero 1992 definirá la accesión invertida como una especie de venta forzosa *del dominus soli* invadido al edificante invasor, añadiendo, como síntesis, la STS de 6 noviembre 1992, que estamos ante la inversión de la opción del 361 *in fine*.

Parece, entonces, que la posible concesión adicional de indemnización se justifica a su vez para compensar al *dominus soli* invadido por tal imposición de la accesión, del art. 361 *in fine*, a favor del constructor invasor²⁷.

Dado los presupuestos exigidos para la aplicación de la accesión invertida, entre otros, que el elemento principal sea el invasor por su mayor valor e importancia que el suelo invadido, cabría entender lógicamente aplicable el 361 *in fine*, como hace el TS en coherencia con su propia tesis, aunque, en nuestra opinión, no tanto ya porque se invierta la máxima *superficies solo cedit*, sino más bien porque cabe presumir que esa es la voluntad del constructor, quien –no se olvide– al ser de buena fe creía que obraba en suelo propio con la creencia, también, de que la obra sobre él hecha sería suya. Además, concederle la libertad de elegir la primera opción del 361 CC, podría poner incluso en riesgo –entre otros, de solvencia para hacer frente al pago– al propio *dominus soli* invadido al imponerle la compra de lo principal. El dueño de lo accesorio invadido saldría doblemente perjudicado: primero con la invasión de su propiedad, y luego con la imposición de la compra del elemento principal, cuando muy probablemente no quiera o, peor aún, no pueda hacer frente a ello, porque la posible desproporción de valores se lo impida.

Tal vez por ello, no pocas han sido las ocasiones en que el propio TS ha concedido, o, mejor dicho, ha impuesto la accesión invertida, no cuando es instada por el edificante invasor (que sería lo lógico en la tesis de la inversión), sino cuando lo es a instancia del propio dueño del suelo invadido, bien cuando lo que pide es el pago del valor del suelo ocupado, o bien incluso cuando lo que pide es la reivindicación de su suelo invadido o la destrucción de la obra invasora²⁸. Así ha derivado la jurisprudencia hasta dar

27 Lo creen de tal modo, ALVAREZ OLALLA, P (*cit*), quien –recuérdese– fundamenta genéricamente en la equidad la indemnización a favor del dueño del solar parcialmente invadido; y también MOLL DE ALBA, C (*cit.*). En sentir contrario a tal operatividad automática se muestra ARCOS VIEIRA, ML (*Accesión invertida y régimen de luces y vistas del CC*, Aranzadi Civil, 1996-III, tomado de Internet: Westlaw, p. 11), para quien al presuponer esta teoría la inversión del principio *superficies solo cedit*, debiera también invertirse en ella el resultado, no aplicando directa e imperativamente la segunda opción del 361, sino dejando que sea ahora el constructor quien elija. Parece incluso decir tal cosa, aunque lo hace en *obiter dictum*, la STS de 28 mayo 1985, cuando afirma que con la accesión invertida “*se termina corrigiendo el art. 361 CC en el único sentido de privar al dueño del terreno invadido de buena fe, del derecho a hacer suya la obra, atribuyendo para ello a quien ejecutó la inmisión de buena fe, el derecho de hacer suyo el terreno ocupado en propiedad ajena previa la correspondiente indemnización*”.

28 Probablemente abre la puerta a este camino la STS de 12 diciembre 1908, al negar “*que la falta de expresión del derecho implica la tácita renuncia al de opción cuando –en el caso, el dueño del solar– solicita la demolición de la pared –invasora– para hacer posible la reivindicación, incompatible con el pago del*

el paso más importante al admitir la apreciación prácticamente de oficio de la accesión invertida con base en la equidad, en la economía procesal y en el principio general *iura novit curia* en tanto su concesión sea extraíble de la *causa petendi* y deducible de los hechos probados, cuando, en efecto, se den todos los requisitos —objetivos y subjetivos— de la accesión invertida²⁹.

En lo que aquí importa, esta postura de nuestra jurisprudencia demuestra, al menos en nuestra opinión, que la accesión invertida en parte es conforme a la voluntad presunta, o deseable, de los contendientes (como, vgr., sucede en materia de división de la cosa común).

Así las cosas, si la concesión de la accesión invertida puede entenderse fundada en la presunta voluntad del dueño del solar invadido o, cuando menos, en la aplicación forzosa del 361 *in fine* en su propio beneficio, a fin de evitarle un perjuicio, un daño mayor que el que de suyo implica ya la

precio y opuesta a la deducción que saca la sala sentenciadora para presumir la renuncia a lo edificado". Más rectamente, la también antigua STS de 30 junio 1923, precedente de la accesión invertida confesado por la STS de 31 mayo 1949, sobre un caso en que la extralimitación fue de la vía pública, decía íntegramente en su "Considerando 2º— que el Tribunal a quo no ha infringido tampoco los artículos 361, 362 y 363 del CC, como en el recurso se pretende, toda vez que en el primero de dichos artículos se establece que los que de buena fe edifican, plantan o siembran en terreno ajeno pueden quedarse con lo edificado, plantado o sembrado, pagando indemnización, y los otros dos se refieren a quienes de mala fe realizan cualquiera de los actos expresados, y como por la sala sentenciadora se ha declarado, apreciando en conjunto toda la prueba practicada, que los demandados habían procedido de buena fe al ejecutar las obras aludidas, cuya demolición interesaba al Municipio y ocupar la faja de terreno que el Ayuntamiento pretendía reivindicar, habiendo condenado a los repetidos demandados a pagar el precio del terreno ocupado, lo cual en la ampliación de la demanda y siquiera fuera en forma alternativa, pedía dicha Corporación, es visto que no se han infringido los artículos del Código civil antes citados". Más recientemente, la STS de 12 diciembre 1995 admite la accesión invertida solicitada por el dueño del terreno invadido al amparo del derecho que tiene a cobrar aquello que le ha sido invadido, advirtiendo que la única forma de eludir el pago de la indemnización por el constructor invasor es demoliendo la obra y devolviendo el solar a su dueño en su estado originario, anterior a la obra.

29 Así lo han dicho, entre otras, las SSTs de 9 febrero 1981, de 28 mayo, de 12 noviembre y de 13 diciembre, las tres de 1985, de 6 noviembre 1992, y de 8 febrero 1994. Como síntesis de todas ellas, la STS de 12 noviembre 1985, sobre un caso de leve extralimitación (de 4 m2 de superficie ajena), decía, en su Fundamento de Derecho 2º: "...y no se oculta que centrada la controversia sobre la reivindicación y su alcance, el Tribunal sentenciador pudo, sin incurrir en exceso y por evidentes razones de equidad, excluir los efectos restitutorios que en otro caso conllevaría la declaración de dominio, atendiendo al juego específico de la accesión invertida, pues aunque no ha sido invocada nominatim por el edificante la contienda versó también sobre todos los requisitos (invasión parcial y buena fe, indivisibilidad de la construcción y notoria plusvalía de lo construido respecto del suelo ocupado) y resultaría gravemente injusta la decisión recuperatoria, con demolición de la obra cuando concurren todos los presupuestos que permiten alterar el principio superficies solo cedit, alcanzando una solución al conflicto ("carísima aventura procesal para tan mínimo objeto", aunque se haya seguido el proceso más solemne, como acertadamente hace ver la Sala de instancia), sin menoscabo económico alguno para los reivindicantes". Tal vez, como posible llamada de atención a tal postura, quepa hacer la que hace algún tiempo hizo la STC 222/1994, de 18 julio, que si bien admitía fundamentar en el principio *iura novit curia* el rechazo a la acción reivindicatoria y a la petición de demolición cuando en efecto se cumplían todos los requisitos de la accesión invertida, en cambio negaba que el tribunal, además, concediese la accesión invertida cuando ésta no había sido expresamente solicitada.

invasión del vecino, ¿por qué, además, concederle a él una posible indemnización adicional por el menoscabo del suelo remanente y no concederla en el caso de accesión común, cuando tras la obra realizada en suelo totalmente ajeno se ha de segregar parte de la finca originaria por haber elegido su dueño la segunda opción del art. 361 CC? Más que una distinción entre la accesión ordinaria y la invertida, como hizo la STS de 12 febrero 2008, se estaría haciendo una injustificable diferencia entre los efectos de una misma voluntad, sea presunta o expresa en su manifestación, cuando en ambos casos hay idéntico daño. La solución ha de ser la misma siempre que, al margen de que sea accesión normal o invertida, haya en efecto un daño que indemnizar, como el que realmente hubo en el caso que –erróneamente, en nuestra opinión– resolvió la STS de 12 febrero 2008. En él, aun tratándose de accesión típica, de obra levantada sobre suelo totalmente ajeno, como efecto colateral fue segregada parte de la finca, provocando la minusvaloración de la parte segregada que conservaría el *dominus soli* invadido. *A contrario sensu*, no habrá tal menoscabo, y, por tanto, tampoco habrá daño que reparar, si, aun tratándose de un caso de accesión invertida, de obra extralimitada, el suelo invadido sólo en parte de su extensión debe ser valorado en su totalidad porque en su totalidad va a ser accedido al ser la parte que, en principio, estaba libre de ocupación económicamente inservible, resultando por ello indivisible, imposible su segregación (como sucedió en el caso de de la STS de 27 enero 2000³⁰, y se prevé en general en los arts. 542-7.1.b y 542-9.2 CC catalán³¹).

30 Que al menos insinúa como posible la de una accesión invertida en caso de invasión funcional –que no físicamente– total del fundo vecino cuando la obra, aun no invadiendo toda la superficie vecina, deja prácticamente inservible la restante, obligando a que, en verdad, se deba vender, acceder todo el suelo vecino en favor del constructor invasor.

31 Dice el art. 542-7 CC catalán, en su ap. 1: “*El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido es superior al de la construcción y el suelo ajeno, puede optar por: ... b) Obligar a los constructores a adquirir la parte del suelo invadida o bien, si el suelo invadido no puede dividirse o el resto resulta no edificable, a adquirir todo el solar*”. Y dice en su art. 542-9, ap. 2: “*Los propietarios del suelo invadido pueden obligar a los constructores a comprarles todo el solar cuando el suelo invadido no puede dividirse o el resto del suelo resulta no edificable*”. Y lo subraya, como acierto, MARSALL GUILLAMET, J (p. 468).

CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL DEL 1903 CC

IRIS BELUCHE
Universidad Carlos III de Madrid

El tenor del artículo 1903 de nuestro Código Civil conduce a una responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes basada en su propia *culpa* en la elección, vigilancia o instrucción de los mismos. La aplicación jurisprudencial de este precepto desemboca, sin embargo, en una objetivación de hecho de esta responsabilidad porque la prueba de descargo –que contempla el último de sus párrafos al permitir la exoneración si se logra probar la actuación diligente– es extremadamente rigurosa, exigiéndosele al empresario toda actuación posible en evitación del daño y sin que su observancia de los preceptos legales o reglamentarios sea suficiente para exonerarle de responsabilidad.

Parece que la inadecuación de la culpa como criterio tradicional de imputación subjetiva de responsabilidad es lo que subyace a esta jurisprudencia objetivadora, que debería, a nuestro parecer, ser el punto de arranque de una evolución legislativa hacia una nueva configuración de la responsabilidad del empresario por los hechos dañosos de sus dependientes.

Creemos que lo sensato sería que, como regla, el empresario respondiera objetivamente de los riesgos típicos de su actividad y, entre ellos, como un riesgo más de su empresa, de los daños culposamente causados por sus empleados en el desempeño de sus tareas. El empresario, ajeno a la causación del daño y con independencia de su culpa en la elección, vigilancia y control del dependiente, *debería responder objetivamente de los daños de los que aquél en el que ha diferido el ejercicio de sus cometidos*

empresariales sea subjetivamente responsable. La responsabilidad del empresario tendría que modelarse, a nuestro juicio, como una *responsabilidad vicaria* en la que la culpa del dependiente fuera requisito *sine qua non* –de modo que aquél sólo pudiera exonerarse por la inexistencia de tal culpa de su empleado– y se le permitiera recuperar lo pagado repitiendo frente a éste, que es el deudor principal.

Entre los argumentos que avalan esta configuración *de lege ferenda* que defendemos está, inicialmente, la idea de que el titular de una empresa, por su propia condición, debe –frente a los terceros que han confiado en su solvencia– garantizar y responder de la normalidad, adecuación y corrección de sus actividades. La propia actividad empresarial atribuye a quien la ejerce una *función de garantía* respecto a la actuación de los dependientes de los que se sirve para el ejercicio de misma, por lo que debería responder de los daños ocasionados por sus actuaciones negligentes. En segundo término, ha de repetirse la vieja idea de que si un empresario desarrolla una actividad con el fin de obtener lucro, es razonable que peche objetivamente con los daños ocasionados por sus auxiliares negligentes en el ejercicio del negocio que controla y con el que se beneficia. Por otro lado, en tercer lugar, nuestra propuesta protege mejor a la víctima: no sólo podrá demandar al empleado autor directo del daño –que, probablemente, sea insolvente–, también dispondrá de acción frente al empresario, contra el que podrá dirigirse –con mayor garantía de solvencia– si quiere, única y directamente¹. En el empresario repercutirá la responsabilidad de su dependiente y sólo él deberá hacer frente a la indemnización de daños, si bien –como responderá no por culpa propia sino en garantía del comportamiento de su empleado, que es un riesgo más de su empresa– podrá repetir de éste lo que hubiera satisfecho. Finalmente, quizá, la razón esencial para defender la responsabilidad objetiva del empresario sea su aptitud particular para asegurarse, opción –con claras ventajas distributivas– de la que carece el dependiente.

Todas estas consideraciones justifican esta propuesta de *responsabilidad vicaria del titular de la empresa por los daños culposamente causados por sus empleados con ocasión de sus funciones* que, a nuestro parecer, debería ser la regla general para los empresarios que desarrollan actividades ordinarias que no conllevan peligros excepcionales.

1 El perjudicado también podría optar por demandar conjuntamente al empresario ex 1903 CC y al dependiente ex 1902 CC, siendo en este caso ambos responsables solidarios.

Ahora bien, siendo en el sistema defendido la constancia de la culpa del dependiente un requisito *sine qua non* de la responsabilidad del empresario², pensamos que en muchos de los actuales entramados empresariales (v. gr. con complejas formas de colaboración empresarial, con complicados equipamientos, instrumentos o maquinarias, etc.) el dañado se enfrentará a la gran dificultad de identificación del empleado culpable y, es más, en muchos casos, aún identificado éste, a la imposibilidad de probar su negligencia personal como verdadera causa del daño.

De ahí que, en las grandes estructuras empresariales despersonalizadas en las que los comportamientos negligentes de los empleados son difícilmente individualizables, nuestra mejor doctrina haya afirmado que ha de producirse un tránsito de la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización³: la responsabilidad indirecta o vicaria del empresario quedará difuminada en su responsabilidad directa como titular de la organización, debiendo presumirse su culpa por no haber evitado, debiendo hacerlo, el daño.

La responsabilidad vicaria del principal por los hechos de los dependientes a los que encomienda el ejercicio de la actividad quedará desdibujada cuando se trate de organizaciones complejas. En tales supuestos, razones de justicia avalarán la exigencia de responsabilidad directa al empresario, que deberá responder aún cuando se desconozca al autor material de la actuación dañosa o no se logre probar su culpa; deberá ser suficiente la consideración de que el daño deriva de la actividad de la organización de la que el empresario, presuntamente culpable por infracción del deber de cuidado, es titular. No es infrecuente encontrar en la jurisprudencia el argumento de que la organización debe adoptar las medidas necesarias para evitar los riesgos que conlleva su actividad, por lo que de materializarse éstos se presumirá negligencia del empresario en el cumplimiento de aquellas, y ello con independencia de la responsabilidad del causante material del daño que puede ser cualquiera dentro de la estructura organizativa de la empresa. Es evidente la necesaria protección de dañado frente a las complejas organizaciones empresariales completamente despersonalizadas; además, su mayor capacidad económica para soportar el daño, y su aptitud

2 La culpa seguirá estando por tanto en el origen de la responsabilidad.

3 SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, “De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *Indret* 03/2002 (<http://www.Indret.com>) pág. 20.

para transferirlo, aconsejan que sea el titular de la empresa y no la víctima quien lo soporte.

En suma, si bien creemos que en principio el empresario debe ser *vicariamente responsable* del daño causado culposamente por un empleado determinado con ocasión de sus funciones, ha de ser *subjetivamente responsable* del daño causado por cualquier dependiente no identificado cuando tal daño sea realización del riesgo típico de su actividad, salvo que pruebe que adoptó las medidas idóneas para evitarlo. Se ha de evolucionar de una responsabilidad por hecho ajeno hacia una responsabilidad por hecho propio que ponga a cargo del empresario los daños típicos evitables. De una responsabilidad por hecho del dependiente debe progresarse a una responsabilidad de la organización por *culpa presunta*: una *culpa objetiva* por infracción de los deberes de cuidado propios de la actividad empresarial de que se trate, que ha de *presumirse*.

Este ensayo, pensamos, no está lejos de la propuesta que el European Group On Tort Law⁴ hace para la empresa en el artículo 4:202 de sus Principios:

“(1) *La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible.*

(2) *“Defecto” es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios”.*

En esta disposición el Grupo propone un régimen de responsabilidad por culpa por los riesgos asociados a la actividad empresarial basada en los defectos de su organización y, según explica KOCH, la motivación que subyace a esta regla es –precisamente– la preocupación de que las víctimas acaso no puedan identificar cuál fue la causa concreta de sus perjuicios, a pesar de que puedan trazar su origen y llegar hasta una empresa que se lucra con el empleo de auxiliares humanos y/o equipamiento técnico. Por ello, nos sugieren un régimen de culpa, si bien con inversión de la carga de la prueba. Se nos dice que para la víctima, que puede probar que el origen de su daño radica en esa empresa, puede no ser fácil identificar si la causa del daño fue un asistente humano o técnico y, en estos casos, la disposición

4 <http://www.egtl.org>.

del 4:202 le libera de esa dificultad, aunque haya de probar que la causa del daño radica en la esfera de la empresa, que aconteció por un defecto de la misma; si lo consigue, es ya la empresa quien debe rebatir la presunción de que el defecto demostrado por el demandante se produjo porque no observó la diligencia adecuada para prevenir el daño. Con esta regla se aborda el problema de los fallos en la gestión de control de calidad y de la organización; se afirma que es posible, incluso, que el daño haya sido ocasionado por un auxiliar sin violar el estándar de conducta exigible y, sin embargo, la empresa sea declarada responsable si una adecuada organización hubiera podido evitar las consecuencias de tales sucesos. Este artículo 4:202 facilita el éxito de la demanda de la víctima al trasladar la carga de la prueba de la culpa, aunque ha de ser la víctima quien pruebe el defecto y que éste fue la causa del daño⁵.

Distinta –y acertada, por lo que la compartimos– es la propuesta del European Group On Tort Law respecto a las actividades anormalmente peligrosas. El artículo 5:101 establece una responsabilidad objetiva en la que el demandado responderá por los daños causados por la fuente de peligro que se encuentra dentro de su esfera⁶.

También a nuestro parecer, cuando se trate de empresas que generen peligros extraordinarios será más adecuado un sistema de responsabilidad objetiva estricta, en el que el empresario responda de todos los daños que sean concreción de los riesgos de su actividad. Las empresas que generan peligros extraordinarios deberían ser obligadas a soportar todos los riesgos vinculados a sus actividades extremadamente peligrosas porque no sería razonable que cargaran con éstos aquellos a quienes causalmente se les produzcan los daños. Con buen sentido se ha manifestado en nuestra doctrina que la peligrosidad o el riesgo creado por una actividad justifican las reglas de responsabilidad objetiva⁷.

Este criterio de imputación riesgo-empresa pensamos que debería jugar tanto en pequeñas, como en medianas o grandes organizaciones empresariales, siempre que desarrollen actuaciones que conlleven peligros ex-

5 Véase EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC) coordinada por MARTÍN-CASALS, Navarra, 2008, pág. 134 y ss.

6 KOCH, EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios...* cit., pág. 148 y ss.

7 MARTÍN-CASALS y RIBOT, “La responsabilidad objetiva: supuestos especiales *versus* cláusula general”, *Derecho Privado Europeo*, coord. por CÁMARA LAPUENTE, 2003, pág. 830.

cepcionales; y ello, aunque seamos conscientes de que sólo en las grandes empresas, con grandes infraestructuras y mayor dominio del mercado, es fácil acomodar este criterio del riesgo que, probablemente, desplaza a las más pequeñas.

De igual modo certeros, por lo que cabría reproducirlos, son los requisitos tipificados en los PETL para calificar como “anormalmente peligrosa” una actividad. Tales exigencias, conforme a la disposición del artículo 5:501 son, en primer término, que cree un riesgo previsible y significativo de daño, incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y, en segundo lugar, que no sea una actividad que sea objeto de uso común.

En definitiva, consideraríamos sensato que las actividades calificadas como peligrosas, porque de manera previsible crean riesgos socialmente significativos o excesivos, se sujetasen a un régimen estricto de responsabilidad objetiva “riesgo-empresa”; siendo deseable, en todo caso, la determinación *a priori*, mediante el cauce tradicional de intervención legislativa, de las actividades empresariales o industriales que deban estar sujetas a tal régimen estricto de responsabilidad^{8*}.

8 * Consideraciones realizadas en el marco del Proyecto de Investigación (DER 2009-12356) “*Como repensar la responsabilidad extracontractual objetiva*” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

LA RESPONSABILIDAD VICARIA DEL CABEZA DE FAMILIA EN EL ART. 1910 CC*

JORGE SIRVENT GARCÍA
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO. – 1. PRELIMINAR. – 2. EL SUJETO RESPONSABLE. 2.1. Daños ocasionados por cosas arrojadas. 2.2. Daños producidos por cosas caídas. 2.3. Daños producidos por filtraciones. – 3. EL OBJETO PRODUCTOR DEL DAÑO. – 4. EL LUGAR DESDE EL QUE LA COSA CAE O ES ARROJADA. – 5. EL SUJETO PERJUDICADO. – 6. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DEL ART. 1910 CC.

1. PRELIMINAR.

Uno de los preceptos del Código cuya redacción se ha mantenido intacta desde sus orígenes es el art. 1910. En él se hace responsable al *cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma*. Son varias las cuestiones que se suscitan en torno a este tipo de responsabilidad. La más importante quizá sea determinar su propio fundamento, es decir, precisar si se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva o, por el contrario, si es un caso de responsabilidad por culpa. También se plantean algunos

* El presente estudio, extracto de uno más amplio que se publicará próximamente, ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “*Cómo repensar la responsabilidad extracontractual objetiva*” (DER 2009-12356), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

problemas relacionados con los elementos subjetivos de este tipo de responsabilidad, así, además del sentido que debe darse al término “cabeza de familia”, se plantean dudas sobre la posible concurrencia de responsabilidades entre el propietario de la vivienda y las personas que la ocupen efectivamente, como pudieran ser los arrendatarios; si la responsabilidad del cabeza de familia se extiende a los daños ocasionados por personas que excepcionalmente estuvieran en la vivienda y en qué medida puede incidir su culpa o falta de ella en la atribución de responsabilidad, como es el caso del familiar que en período de vacaciones entra puntualmente para regar las plantas de la terraza. Incluso pueden surgir dudas sobre si la responsabilidad del cabeza de familia se puede extender a los daños ocasionados por quienes estuvieran irregularmente en su vivienda, como pudiera ser un ladrón.

Por lo que respecta a los elementos objetivos de esta responsabilidad, se plantean problemas en cuanto a si se puede aplicar la norma a supuestos de daños ocasionados por la caída de elementos que formen parte de la estructura del propio edificio, como las cornisas, tejas; que estén adheridos de manera permanente al mismo como ventanas o barandillas; o si se aplica a los casos de caída de objetos que no hubieran sido voluntariamente colocados en el tejados de las viviendas, como la nieve o los nidos de ave. ¿Se extiende la responsabilidad del cabeza de familia a los daños producidos por la caída de personas o animales?

Finalmente, se suscitan dudas en torno al sujeto perjudicado, principalmente, se plantea si debe estar ubicado en un lugar público o privado, o si es preciso que la cosa que produce el daño sea lanzada necesariamente al exterior, de tal manera que queden fuera de la norma los supuestos de daños producidos a terceros por objetos lanzados en el interior de la propia vivienda.

2. EL SUJETO RESPONSABLE.

El art. 1910 del CC hace responder al *cabeza de familia* que habita una casa o parte de ella por los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma. Lo primero que conviene poner de relieve es lo anacrónico de la expresión, que si bien en otro momento en el que se reconocía en general la preeminencia jurídica del varón sobre la mujer, quizá pudo tener sentido; hoy ciertamente es como mínimo poco afortunada y sería deseable su sustitución por otra que fuera más respetuosa con el Derecho

Fundamental a la igualdad jurídica entre ambos sexos, reconocido en el art. 14 de la Constitución¹.

Se impone, por tanto, una interpretación de la expresión en cuestión bajo el prisma constitucional, lo cual debe conducir *prima facie* a excluir la identificación de manera automática del sujeto eventualmente responsable con una persona de sexo masculino. En este sentido, se ha señalado por parte del TS que con esta expresión se *quiere denominar al que, por cualquier título, habita una vivienda, como personaje principal de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole*². “Cabeza de familia” es, en consecuencia, la persona o personas que, habitando en la vivienda de la que se ha arrojado, caído o filtrado algo, asume una posición jurídica preeminente, en el sentido de poder controlar lo que ocurre en dicha vivienda, y a quien es exigible un deber de cuidado de la misma. Tratándose de matrimonios o uniones de hecho, debe considerarse que ambos miembros de la pareja son “cabeza de familia” a los efectos de esta norma³. Fuera de estos supuestos, cuando sean varios quienes convivan en la misma vivienda y entre ellos exista una posición de igualdad, eventualmente todos serán responsables, y parece que lo más razonable es entender que la responsabilidad entre ellos será solidaria⁴.

Además, el propio artículo 1910 CC exige que el sujeto eventualmente responsable habite con carácter habitual la vivienda o parte de ella. Sobre este particular debemos destacar que no es necesario para que el “cabeza de familia” en cuestión sea responsable que utilice la vivienda amparándose en algún título jurídico concreto, sino que puede ser un simple uso de hecho, es decir, puede ser incluso un mero ocupante de la vivienda⁵. Esto significa que podría ser responsable, además del propietario que use su propia

1 Véase por todos, Albaladejo, “La responsabilidad del artículo 1910 del Código Civil”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, VVAA, t. IV, p. 4766; Salanova Villanueva, “Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas”, *Revista de Derecho Privado* 1999, p. 372.

2 F.Dº 2º STS de 6 de Abril de 2001.

3 Para Albaladejo *ob. cit.*, p. 4766. Pantaleón añade además que si el régimen económico del matrimonio es el de sociedad de gananciales, la eventual responsabilidad recaerá sobre los bienes comunes (art. 1367). “Comentario a la sentencia de 12 de abril de 1984”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, Abril/Agosto, nº 5, 1609.

4 Albaladejo, *ob. cit.*, p. 4766. Con alguna matización, Ramos Maestre *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (análisis del art. 1910 del Código Civil)*, Valencia 2001., p. 45.

5 Salanova Villanueva, *ob. ult. cit.*, p. 372; Ramos Maestre, *ob. cit.*, p. 45.

vivienda, aquellos otros sujetos a los que se les hubiera cedido el derecho de uso por haberse constituido un derecho real a su favor, como el usufructuario, el usuario, o el habitacionista; o por habérseles cedido contractualmente este derecho como sucede con el arrendatario, comodatario e incluso el mero precarista⁶. En este sentido, se ha puesto de relieve que, a efectos de la responsabilidad del art. 1910 CC, es esencial la efectiva utilización de la casa, lo cual conduce a excluir de responsabilidad al propietario de la vivienda que no la habita por tener su uso cedido a un tercero, como si la tiene dada en arrendamiento. En estos supuestos se considera que es el arrendatario el sujeto eventualmente responsable por los daños que ocasionen las cosas que se pudieren arrojar, caer o filtrar desde la casa⁷.

Entendemos que en muchos casos, esa podrá ser efectivamente la solución más correcta, principalmente en los supuestos de cosas arrojadas, pero no creemos que pueda establecerse siempre dicha solución *a priori* como regla. Es evidente que no puede decirse que la responsabilidad del art. 1910 CC sea algo inherente a la condición de propietario, pero del mismo modo creemos que tampoco es sensato afirmar que sea un tipo de responsabilidad inherente a la condición de ocupante de la vivienda, de tal manera que el propietario de la misma quede completamente exento de eventuales responsabilidades por todos los daños que puedan ocasionar a terceros las cosas que, procedentes de su casa, se arrojen, caigan o se filtren. En la práctica, la mayoría de las sentencias considera responsable al arrendatario en su condición de ocupante de la vivienda. Sin embargo, en alguna, atendidas las circunstancias del caso, se declara la responsabilidad conjunta de propietario y arrendatario⁸.

Pensamos que, en primer lugar, hay que analizar por separado los supuestos de daños ocasionados por cosas arrojadas, de los casos de daños que producen cosas que caen o que se filtran y, a partir de ahí, estudiar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar finalmente quien debe responder. Entendemos que el mero hecho de no habitar la vivienda

6 Ramos Maestre, *ob., cit.*, p. 45.

7 Así, Pantaleón, *ob., cit.*, p. 1609. Buena parte de los litigios que llegan a los Tribunales son precisamente situaciones de este tipo. Esto se aprecia tanto en los procesos que llegan hasta el Supremo, como en los que terminan en las Audiencias. Es el caso de las STS de 12 de Abril de 1984, de 20 de Abril de 1993, de 4 de Diciembre de 2007; sentencia 15 de Diciembre de 1994 de la Audiencia Provincial de León, 7 de Marzo de 1995 de la Audiencia Provincial de Toledo, 21 de Junio de 1999 de la Audiencia Provincial de Barcelona, 18 de Enero de 2000 de la Audiencia Provincial de Jaén

8 Es el caso de la sentencia del TS de 12 de Julio de 2000.

no será suficiente para que el propietario quede exento de responsabilidad, deben tenerse en cuenta dos datos esenciales a la hora de atribuir responsabilidades en cada caso: quién tiene el control efectivo de los riesgos de la vivienda, y quién tiene el deber de cuidado de determinados elementos de la vivienda, que en muchos casos será el propietario no habitante.

2.1. Daños ocasionados por las cosas arrojadas.

Con relación a este tipo de daños, debe partirse de que el hecho de arrojar algo desde una vivienda al exterior es casi siempre un acto doloso o, cuando menos, un acto intrínsecamente negligente, dado el evidente riesgo de que pueda dañar a cualquier persona o cosa que pudiera estar debajo de la vivienda desde la que se ha arrojado⁹. Como ya dijimos, lo primero que se desprende del tenor literal de la norma es que la responsabilidad que en ella se regula no está conectada necesariamente al derecho de propiedad sobre la vivienda desde la que se arroja algo. Por el contrario, esta responsabilidad está vinculada a la efectiva ocupación de la casa. Esto significa que si el propietario de una vivienda ha cedido su uso a un tercero, que es quien efectivamente ocupa la casa, no responderá de lo que desde ella se pueda arrojar, salvo lógicamente que sea él mismo quien hubiera arrojado algo al exterior de la vivienda. Fuera de ese supuesto, la responsabilidad será del “cabeza de familia”, titular ocupante de la vivienda de la que procede la cosa arrojada. Ahora bien, ¿responderá este sujeto en todo caso del daño que produzcan las cosas que pudieran arrojarse?

En primer lugar, sí que responderá el titular ocupante del inmueble cuando la cosa sea arrojada por él mismo, como lo haría *ex art.* 1902; o si la cosa fuere arrojada por alguna de las personas por quien debe responder *ex art.* 1903 CC, es decir, si la cosa es arrojada, según los casos, por sus hijos menores de edad que se encuentren bajo su guarda, por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía; por su dependiente, o tratándose de un centro docente de enseñanza no superior, si la cosa es arrojada por un alumno menor de edad durante el tiempo en que se halle bajo el control del profesorado del centro¹⁰. En estos supuestos, la cuestión que se plantea es si el titular ocupante podrá o no eximirse de

9 En el mismo sentido Salanova, *ob. cit.*, p. 375; Pantaleón, *ob. cit.*, p. 1610; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 4771

10 Así también, Albaladejo. *ob. cit.*, p. 4776; Salanova Villanueva, *ob. cit.*, p. 376, Ramos Maestre, *ob. cit.*, p. 51.

responsabilidad probando que empleó la diligencia para prevenir el daño. La respuesta dependerá de cuál sea el fundamento de su responsabilidad por ese hecho ajeno.

Se ha planteado qué sucederá respecto de los daños ocasionados por cosas que arrojen otras personas que convivan con él en la vivienda, como pudieran ser sus hijos mayores de edad, huéspedes, invitados o incluso personas por él contratadas para realizar en la vivienda algún trabajo. Algunos autores creen que el titular ocupante debe responder en cualquier caso, sin perjuicio de que posteriormente pueda reclamarles las cantidades por él satisfechas¹¹. Frente a esta postura, se sostiene que el titular de la vivienda responderá, salvo si prueba que el hecho dañoso fue obra de alguna de estas personas¹². No acabamos de entender esta última tesis ya que para alcanzar semejante conclusión no haría falta en realidad en muchos casos el art. 1910, sería suficiente con la aplicación del régimen general del art. 1902, cuando se haya llegado a identificar al autor material del daño; precisamente entendemos que la extensión de la responsabilidad al titular ocupante es lo que permite el precepto y justifica en gran medida su existencia. Entendemos que, aún tratándose de personas por las que no se debe responder *ex art.* 1903, el cabeza de familia, sobre el que pesa un deber de cuidado, responderá. El art. 1910 CC le convierte en un garante frente a la víctima de los daños culposamente ocasionados por el tercero que haya arrojado algo desde su vivienda, ámbito sobre el que él tiene el control. Esta es precisamente, a nuestro juicio, la principal virtualidad del precepto.

En el art. 1910 caben distintas posibilidades: la primera es que sea el propio titular ocupante quien haya arrojado algo desde la vivienda; en esta situación, él responde por hecho propio, como lo haría por la vía del art. 1902 CC. La segunda posibilidad, ya en el terreno de la responsabilidad por hecho ajeno, es que el objeto haya sido arrojado por alguna de las personas por las que el titular ocupante debe responder *ex art.* 1903 CC. Para estos casos la víctima ya está suficientemente protegida a través del mismo art. 1903, de modo que el titular ocupante respondería frente a la víctima por *culpa in vigilando*, salvo que consiguiera probar que adoptó todas las medidas necesarias para evitar el daño, circunstancia muy difícil en la práctica como todos sabemos. La tercera posibilidad es que el objeto haya

11 En este sentido, Ramos Maestre, *ob., cit.*, p. 51. Pantaleón *ob., cit.*, p. 1611.

12 Albaladejo, *ob., cit.*, p. 4776

sido arrojado desde su vivienda por alguien de cuyos actos no debe responder legalmente por otra vía. Pues bien, si no existiera el art. 1910, la víctima debería dirigir su reclamación frente al autor material del daño, quien sería exclusivamente responsable frente a ella, para lo cual, evidentemente, lo primero que debería hacer es llegar a identificarlo. Esta circunstancia puede ser en muchos casos una tarea enormemente difícil, por ejemplo, si el autor es alguien que ha estado esporádicamente en la vivienda, si habitualmente pasan por ella multitud de personas diferentes, como si se trata de un consultorio médico privado; o si el día de autos había en la vivienda diversos sujetos, como si ese día se celebró una fiesta o hubo alguna reunión y uno de los asistentes arrojó un objeto por la ventana.

Precisamente pensamos que para facilitar las cosas a la víctima, el art. 1910 declara responsable al cabeza de familia de todo lo que se arroje desde la vivienda que ocupa, sin perjuicio de que éste posteriormente reclame al autor material del daño las cantidades satisfechas en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Pero entendemos que además de esa razón de justicia material hay otra si se quiere más técnica, a saber, el titular que ocupa la vivienda es quien debe controlar los riesgos inherentes al hecho de habitar el inmueble, de modo que puede afirmarse que está en su esfera de actuación controlar las actividades que se realizan en la vivienda y por ende la de quienes en ella están en cada momento. Por ello, el art. 1910 le hace responder en general de los daños que eventualmente produzcan a terceros los objetos que pudieran arrojarse desde la vivienda por él ocupada. Sólo así adquiere sentido la norma. Por otra parte, no hay que olvidar que el hecho de arrojar algo desde un inmueble al exterior es un acto intrínsecamente negligente, como ya se ha dicho. Parece, en consecuencia, que en cuanto a lo arrojado por los terceros que estuvieren en su vivienda, el cabeza de familia sería objetivamente responsable de los daños culposamente causados por ellos.

¿*Quid iuris* en los supuestos de cosas arrojadas por personas que no han sido invitadas a estar en el inmueble por el titular ocupante, como pudiera ser el caso de un ladrón o unos “*ocupas*”? Sobre esta hipótesis se ha señalado que el titular ocupante responderá provisionalmente, en tanto no demuestre que la persona que lo arrojó se hallaba irregularmente en su vivienda, pero si lo demuestra, aunque no llegue a identificar a dicho sujeto, no responderá ni siquiera subsidiariamente¹³.

13 Albaladejo *ob., cit.*, p. 4777.

Ciertamente parece excesivo desde un punto de vista de estricta justicia material que alguien deba responder por los daños que pudieran ocasionar a terceros determinadas personas que están dentro de su vivienda sin su consentimiento, y que incluso eventualmente le pueden haber ocasionado importantes daños en su propio patrimonio. Entendemos que a los efectos de la responsabilidad del titular de la vivienda estos supuestos deben considerarse casos fortuitos siempre que se den sus requisitos, es decir, que pueda considerarse la irrupción del tercero en la vivienda como un suceso imprevisible o que aunque pudiera preverse, fuera inevitable; para cuya consideración bastará con que la vivienda hubiere estado convenientemente cerrada el día de autos. De ser así, el ocupante titular de la vivienda ha de quedar exento de responsabilidad por los daños que pueda haber ocasionado arrojando algo desde su vivienda, quien hubiere estado en ella irregularmente. Frente a la víctima responderá exclusivamente en estos casos el autor material del daño *ex art. 1902*. Para quedar exento de responsabilidad, el ocupante tiene la carga de la prueba del caso fortuito, esto es, debe probar que el objeto fue arrojado por el tercero y que además, se hallaba de forma irregular en la vivienda; y si no lo hace, responderá en virtud del art. 1910 como si él mismo hubiera arrojado la cosa. En los supuestos de objetos arrojados por quienes, además de estar irregularmente en el inmueble, no hubieren podido ser identificados, que quizá sea lo más habitual, pensamos que a efectos probatorios será suficiente con que el ocupante del inmueble aporte la correspondiente denuncia policial o judicial sobre estos hechos para quedar exento de responsabilidad frente a la víctima.

2.2. Daños producidos por cosas caídas.

En los supuestos de daños ocasionados por las cosas que simplemente se caen desde un inmueble, sin la intervención de nadie, es preciso analizar con mayor detenimiento el *iter* causal que ha culminado con la producción del daño a un tercero; ya que quizá pudiera haber sido alguna circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, como una tormenta, un fuerte viento o algún otro fenómeno de la naturaleza, la que haya motivado la caída del objeto. De ser así, no habría lugar a ninguna indemnización, debiendo soportar la víctima su propio daño¹⁴. Con relación a estos supuestos, debemos

14 En este sentido, véase, Pantaleón, *ob., cit.*, pp. 1610 y 1611; Albaladejo, *ob., cit.*, p. 4778; Ramos Maestre, *ob., cit.*, p. 64.

destacar que el TS es especialmente riguroso a la hora de valorar la posible existencia de fuerza mayor o caso fortuito, y en varias sentencias no los ha apreciado a pesar de haber quedado acreditada con datos concretos la inusual intensidad del viento.

Lo criticable es la falta de un criterio único y preciso por parte del TS en estos supuestos: mientras en algunos casos se toma como parámetro para valorar la posible existencia de fuerza mayor, el número de días con viento fuerte en el mes correspondiente, en otros, quién sabe si porque ese criterio no valiera para conseguir el resultado buscado de proteger a la víctima del daño, se pone en relación la fuerza del viento con el grado de diligencia exigible (a mayor viento, mayor diligencia exigible); y se señala que pese a la inusual fuerza del viento reinante, no puede apreciarse la existencia de fuerza mayor porque precisamente por ese dato, era exigible al propietario una mayor diligencia por ejemplo, en el aseguramiento de las macetas que cayeron. Este último argumento nos parece técnicamente correcto, pero siempre que la diligencia requerida no sea exorbitante. Esta argumentación podría llegar a ser peligrosa, en cuanto puede suponer tanto como excluir el viento fuerte como constitutivo de fuerza mayor, que, en cuanto fenómeno meteorológico extraordinario, ha sido precisamente una de las circunstancias que tradicionalmente se han considerado en la práctica forense y por la doctrina como exoneradoras de responsabilidad, por ser un fenómeno inevitable. Además este criterio llevado a sus últimos extremos, puede conducir a resultados perversos, como que precisamente en días de viento muy fuerte nunca se pueda considerar que hay caso fortuito; mientras que en días sin apenas viento sí pueda considerarse que lo hay, aunque el titular de la vivienda no hubiera tomado las mínimas medidas de sujeción de aquel elemento que haya ocasionado el daño por su caída.

Por ello, entendemos que sería mucho más acertado utilizar en estos casos el criterio que viene siendo habitual en las pólizas de seguros de daños, principalmente seguros del hogar y del automóvil, que obliga a la aseguradora a indemnizar los daños ocasionados por el viento que supere determinada velocidad. Se trata de un parámetro objetivo para la determinación de los supuestos de fuerza mayor y que como tal proporciona seguridad jurídica, en cuanto que los daños ocasionados por vientos de inferior intensidad a la señalada en el contrato deberán ser asumidos por el asegurado, mientras que los daños ocasionados por vientos superiores a dicha intensidad deberán ser sufragados por la aseguradora.

Excluidos, por tanto, los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, surge la duda de si en algún caso podrá ser responsable el propietario del inmueble de los daños que la caída de algún objeto haya producido a un tercero, aunque este sujeto no ocupe el inmueble por haber cedido su uso a otra persona o, por el contrario, sólo y en todo caso responderá esta última de los referidos daños. En general, la mayor parte de las veces responderá el ocupante de la vivienda porque lo normal será que el objeto caído haya sido colocado por él o por alguna de las personas que habiten el inmueble o de las que deba responder según vimos anteriormente. A esta solución conduce además una interpretación literal del mismo art. 1910, que recordemos hace responsable al “cabeza de familia que habita una casa o parte de ella de las cosas que cayeren de la misma”.

Pero en algunos supuestos habrá que ir más allá de la mera literalidad de la norma y quizá, atendidas las concretas circunstancias, se podrá considerar que junto con el titular ocupante también es responsable el propietario, o incluso que este último es el único responsable aunque no habite la vivienda. Esto sucederá cuando, atendidas las circunstancias fácticas del supuesto, sea exclusivamente este sujeto el que ostente una posición de garante respecto de la seguridad del objeto caído. Sería el caso de la caída de elementos que, sin formar parte de la estructura del edificio, y no siendo elementos comunes según la Ley de Propiedad Horizontal, estén ubicados en la parte exterior del mismo de manera más o menos permanente (normalmente sujetos a la fachada o ubicados en la cubierta) como es el caso de estructuras de aluminio de cerramientos de terrazas o de armarios, antenas de televisión o tendederos atornillados a la fachada del edificio o a las paredes de la terraza. Normalmente se tratará de mejoras realizadas en la vivienda por el propietario antes incluso de la celebración del contrato de arrendamiento. Recordemos que según la LAU al arrendatario le está prohibido la realización de obras que modifiquen la configuración exterior de la vivienda, so pena de resolución del contrato a instancias del arrendador (art. 23); y si el arrendatario no está facultado para hacer este tipo de obras, tampoco parece sensato que se le haga responsable de los daños que pueda ocasionar una eventual caída de alguno de estos elementos. Si el objeto en cuestión presentaba un evidente mal estado que hiciera temer su caída, el arrendatario deberá comunicarlo al propietario para que éste proceda a su reparación o aseguramiento; y si no lo hiciere, la responsabilidad será de ambos. Si el elemento cayó sin presentar indicios previos de

que esa caída se pudiera verificar, el propietario será el único responsable.

2.3. Daños producidos por filtraciones.

A pesar de que en el tenor literal del art. 1910 no se contempla expresamente la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por filtraciones, esta posibilidad se entiende desde antiguo implícita en el sentido de la norma¹⁵, hasta tal punto que hoy nadie duda de que los daños producidos por filtraciones puedan obtener una adecuada reparación por la vía de este precepto.

La mayor parte de los conflictos que se plantean en los Tribunales sobre el art. 1910 son precisamente de filtraciones de agua. Al respecto se considera que la expresión “*se arrojasen o cayesen*” empleada en la norma, no constituye un *numerus clausus*, por lo que es posible englobar en él, los daños derivados de filtraciones de líquidos¹⁶.

En efecto, no parece que haya inconveniente en incluir en el ámbito de aplicación del art. 1910 CC los daños producidos por filtraciones de agua. Entendemos que, por no ser contrario a su espíritu, lo más sensato es entender que el art. 1910 CC no adopta un sistema de *numerus clausus* en cuanto a la necesidad de que la cosa que causa daño a un tercero sea necesariamente arrojada o caiga desde una casa. Por tanto, el art. 1910 debe interpretarse de manera extensiva, de modo que puedan quedar eventualmente comprendidos en su ámbito de aplicación la mayor parte de los supuestos de daños ocasionados por filtraciones. Los supuestos más habituales que en la práctica se consideran incluidos en su ámbito de aplicación son los de filtraciones producidas por un uso negligente de las instalaciones, como olvidarse cerrar un grifo abierto, también roturas de las tomas de agua de lavadoras o lavavajillas, o roturas de tuberías después de fuertes heladas¹⁷.

Una parte de la doctrina ha sostenido que en algunos de estos casos no

15 En 1962 Battle publicó un artículo titulado precisamente “los daños ocasionados por filtración o caída de líquidos y el artículo 1910 del Código Civil”, *Anales de la Universidad de Murcia*, 1962, vol. XXI, nº 1, pp. 5-13.

16 STS de 12 de abril de 1984, 20 de abril de 1993, 6 de abril de 2001. También las Audiencias Provinciales acogen el mismo criterio: SAP León de 15 de Diciembre de 1994, SAP Cáceres de 13 de Marzo de 1998, SAP Almería de 26 de Julio de 1999, SAP Madrid de 30 de Junio de 2000, SAP Madrid de 24 de Marzo de 2001, SAP Madrid de 10 de Enero de 2001, SAP Alicante de 21 de Febrero de 2001, SAP Valencia de 13 de Mayo de 2002, SAP Asturias de 31 de Enero de 2006, SAP Barcelona de 7 de Noviembre de 2006, SAP Gerona de 1 de Febrero de 2010, entre otras.

17 Ramos Maestre, *ob.cit.*, p. 76.

es correcta la aplicación del art. 1910; concretamente, no debe aplicarse a aquellos casos en que la rotura de la tubería sea fortuita, como sería el caso de las roturas por heladas¹⁸. Quizá convendría hacer alguna matización a este respecto, porque no creemos que se deban considerar en todo caso las roturas de tuberías por heladas como hechos fortuitos, habida cuenta que en determinadas regiones especialmente frías y en los meses de invierno es absolutamente previsible que haya heladas fuertes capaces de reventar tuberías no protegidas.

Así como parece claro que es el ocupante quien ha de responder por los comportamientos negligentes en el uso de los grifos, en ciertos supuestos de daños ocasionados por filtraciones de agua debe hacerse responsable de los daños al dueño de la vivienda, y no al ocupante, en cuanto no corresponde a éste el deber de conservación de los elementos averiados. Serían los casos de roturas de instalaciones, como pudieran ser las tuberías que, pese a su conocido mal estado o su probable mal estado por su antigüedad, no hubieren sido convenientemente reparadas por el dueño de la vivienda. Por otra parte, deben quedar fuera del ámbito del art. 1910 los casos de indemnización de daños que sean consecuencia de las filtraciones provenientes de tuberías que hubieren sido incorrectamente instaladas o cuya rotura se deba a la deficiente calidad de los materiales empleados. En el primer caso, la eventual responsabilidad del propietario de la vivienda debería ventilarse por el art. 1907, por ser más adecuado al supuesto¹⁹. La segunda posibilidad parece que encaja en el ámbito del art. 1909, debiendo responder del daño el arquitecto o, en su caso el constructor.

Por otra parte, es necesario resaltar que algunos de los casos de filtraciones de agua que están incluidos en el art. 1910 plantean especiales dificultades a la hora de determinar el sujeto responsable. Eso sucede, por ejemplo, en las filtraciones provenientes de viviendas superiores desconociéndose el origen concreto de la avería. En estos supuestos entendemos que es necesario intentar averiguar la tubería cuya rotura ha ocasionado el daño, y no imputar la responsabilidad automáticamente al ocupante de la vivienda inmediatamente superior²⁰. Si, por ejemplo, se consigue probar

18 Pantaleón, *ob., cit.*, p. 1611.

19 En el mismo sentido, Ramos Maestre, *ob., cit.*, p. 74.

20 Es el criterio mantenido en la SAP Cáceres de 13 de Marzo de 1998

que se trata de la rotura de una bajante general del edificio, deberá responsabilizarse la comunidad de propietarios. En algunas sentencias se hace responder *in solidum* a todos los posibles responsables, cuando no se haya podido identificar la vivienda causante del daño²¹.

3. EL OBJETO PRODUCTOR DEL DAÑO.

Seguidamente nos ocuparemos de analizar el ámbito objetivo de la responsabilidad del art. 1910, esto es, las cosas cuya caída o arrojamiento (y filtración según hemos visto) pueden dar lugar a la aplicación de esta norma.

En primer lugar, debemos resaltar algo que ya se desprende de páginas anteriores, a saber, que la expresión que utiliza el mencionado precepto “las cosas que se caigan o se arrojen” debe interpretarse en un sentido amplio, de modo que pueda abarcar tanto las cosas sólidas cuanto las líquidas y gaseosas²². En la práctica, lo más frecuente es la filtración de agua, y la caída o lanzamiento de distintos objetos inanimados, tales como cristales, macetas, etc.

Por lo que se refiere a las cosas sólidas, es necesario destacar que se plantean problemas con relación a la caída o lanzamiento de algunos objetos. En concreto, surge la duda de si la caída de determinadas cosas por sus peculiares características, puede dar lugar a que el art. 1910 no se aplique. Es el caso, en primer lugar, de la caída o lanzamiento de animales. Al respecto entendemos que puesto que en el Código Civil existe una norma que regula específicamente la responsabilidad derivada de los daños causados (art. 1905), en general, por animales, es esta la que ha de aplicarse²³, y no el art. 1910. Esto supone que será responsable objetivamente del daño causado “el poseedor del animal o el que se sirve de él”, aun cuando no sea la misma persona que “el cabeza de familia” que habita la vivienda o pare de ella, de la que se hubiera arrojado o hubiera caído el animal.

En segundo lugar, también deben quedar, a nuestro juicio, fuera del ámbito de aplicación del art. 1910 la caída o arrojamiento de cosas que

21 SAP Vitoria de 5 de Diciembre de 1983 y SAP Palma de Mallorca de 10 de Julio de 1992, cit. Ramos Maestre, *ob. cit.*, p. 77.

22 Serían los casos, como apunta Albaladejo, de gases cuyo derramamiento cause daños a terceros, no han de ser daños producidos por percusión de los gases, que quedan fuera del ámbito de la norma. *Ob. cit.*, p. 4780.

23 En el mismo sentido, Salanova, *ob. cit.*, p. 386.

forman parte de la estructura del edificio, como cornisas o tejas; o de cosas que estén incorporadas al inmueble de manera permanente, como sería el caso de barandillas, ventanas, enrejados y otras similares. Para todos estos supuestos debería operar el art. 1907 por ser específico en la materia²⁴, ya que no hay inconveniente en considerar que todos los mencionados supuestos puede considerarse que entran en el concepto de “ruina de parte del edificio”, que exige esta norma para su aplicación²⁵.

Puede haber problemas sobre la aplicabilidad del art. 1910 a hipótesis de daños provocados por la caída de elementos que no fueron colocados voluntariamente en la parte exterior de la vivienda por ninguno de sus ocupantes, ni por ninguna otra persona. Serían los casos de caída de la nieve acumulada en el tejado o de nidos de ave. La cuestión que se plantea es si pueden considerarse casos fortuitos, de modo que el ocupante de la vivienda quede exento de responsabilidad por los daños que eventualmente pueda ocasionar su caída; o si por el contrario, el ocupante debe responder en cuanto le es exigible que tome las medidas necesarias para que dichos elementos no caigan al exterior, evitando que la nieve se acumule o retirando del tejado los nidos que sean excesivamente grandes.

En nuestra opinión, no todos los casos posibles de daños producidos por caída de elementos no colocados voluntariamente por persona alguna en las cubiertas de las edificaciones pueden entrar en el ámbito del art. 1910, ni todos pueden considerarse casos fortuitos o supuestos de fuerza mayor. Entendemos que en el caso de la caída de nieve acumulada en la cubierta, deberá considerarse fuerza mayor el daño ocasionado por la nieve caída desde un tejado cuando su acumulación en el mismo se hubiera producido en un breve espacio de tiempo, por ejemplo si la acumulación de nieve es el resultado de una gran nevada acaecida durante una noche; o si la acumulación es consecuencia de una nevada continuada en el tiempo.

Por el contrario, no podrá considerarse fuerza mayor cuando la nevada hubiere cesado y el ocupante de la vivienda hubiere tenido el suficiente tiempo para darse cuenta del riesgo dimanante de la gran acumulación de nieve y hubiese podido retirarla. En este segundo caso, entendemos que sí puede exigírsele responsabilidad ex art. 1910 CC, ya que por un lado, como habitante de la vivienda tiene un deber de cuidado sobre los riesgos de

24 De la misma opinión Albaladejo, *ob., cit.*, p. 4780 y Salanova, *ob., cit.*, p. 384.

25 Así, Albaladejo, *ob., cit.*, p. 4780. Salanova, *ob., cit.*, p. 384.

la misma, y por otro, en este caso ya no se puede considerar la caída de la nieve como algo imprevisible ni inevitable²⁶.

En el caso de la caída de nidos asentados en tejados o cubiertas, como pudieran ser los nidos de cigüeñas, pensamos que el titular ocupante de la vivienda (o la comunidad de propietarios en su caso) podrá responder por la vía del art. 1910 siempre que el nido tenga por su ubicación y dimensiones, riesgo de caída. A nuestro juicio, la virtualidad práctica de la fuerza mayor aquí es muy reducida o prácticamente nula. Incluso, cabe la posibilidad de que no se pueda imputar objetivamente el resultado dañoso al titular de la vivienda, atendidas las pequeñas dimensiones del nido.

4. EL LUGAR DESDE EL QUE LA COSA CAE O ES ARROJADA.

De la literalidad del art. 1910 se deduce que es preciso para que surja la responsabilidad del cabeza de familia, que la cosa que produce daño a tercero caiga o haya sido arrojada “*de una casa o parte de ella*”. Evidentemente, la norma está presuponiendo que se trata de una vivienda, pero también parece lógico que el precepto deba interpretarse de manera extensiva en lo que respecta al lugar del que procede la cosa que produce daños, ya que de no ser así quedarían fuera de la norma sin ninguna razón que lo pueda justificar, muchos supuestos en los que el objeto es arrojado o cae desde infinidad de lugares que no son, *strictu sensu*, una casa. Por tanto, hay que considerar que están en el ámbito de aplicación del art. 1910 todos los casos en que el objeto que se precipite al exterior proceda de cualquier inmueble que estuviere ocupado por alguien. Se precisa, en consecuencia, que el lugar esté habitado²⁷. A pesar de la interpretación extensiva que proponemos, quedan fuera de la norma todos los supuestos de daños ocasionados por cosas que se caigan o arrojen desde lugares que por sus características no son susceptibles de ser habitados, como andamios, grúas, postes, camiones, etc. La indemnización del daño en todos estos casos se ventilará por las normas generales o las especiales que corresponda²⁸.

5. EL SUJETO PERJUDICADO.

Nada específica el art. 1910 sobre las características que debe reunir el

26 En sentido parecido, Salanova, *ob.cit.*, p. 385.

27 Albaladejo, *ob., cit.*, p. 4779.

28 También, Albaladejo, *ob., cit.*, p. 4779.

lugar al que la cosa cae o es arrojada y en el que se debe encontrar el sujeto que sufre el daño en su persona o bienes. Lo que parece evidente es que ha de tratarse de daños ocasionados en el exterior de la casa, en la medida que la norma presupone el lanzamiento o caída de un objeto al exterior de la vivienda; recordemos que el precepto hace responsable al cabeza de familia que habita una casa o parte de ella “*de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma*”. Aunque pueda parecer demasiado obvia esta observación, no está demás realizarla, sobre todo si nos encontramos con sentencias como la del TS de 21 de mayo de 2001 en la que se declaró comprendido en el ámbito de la norma que nos ocupa un supuesto de daños sufridos por una persona a consecuencia del impacto de un objeto (vaso de vidrio) lanzado en el interior mismo del local en que se encontraba (discoteca).

Lo peculiar de la sentencia es que en ella se realiza una aplicación extensiva del art. 1910, que se justifica con el “*deber del titular del local de controlar lo que ocurre en su recinto*”. Expresamente se justifica su aplicación al caso, a pesar de no haber existido ningún lanzamiento de objeto alguno hacia el exterior del local, sino dentro del mismo: “*ninguna regla impone, además, que la cosa arrojada tenga necesariamente que proyectarse fuera del recinto, esto es, impactar en la calle o en casa o local vecino. Más bien el buen sentido impone una solución acorde con la finalidad del precepto, protectora igualmente de los que están dentro del local en cuestión, como es nuestro caso*”. La crítica a esta argumentación no parece difícil. En primer lugar, no es cierto que la norma no imponga que la cosa sea arrojada al exterior, ya que se desprende con claridad de su literalidad y en segundo lugar, resulta claro que la finalidad del precepto no es proteger a las personas que se hallan en el interior de las viviendas y locales.

El art. 1910 tiene una doble finalidad, por un lado, está conectado con las relaciones de vecindad, y desde este punto de vista tiene la finalidad de proteger al titular de la vivienda o casa de los daños que eventualmente pueda ocasionarle los objetos que se arrojen o caigan, y las filtraciones, principalmente de agua, que procedan de otras viviendas colindantes o vecinas. Por otra parte, es evidente que el art. 1910 tiene la finalidad de proteger a los viandantes frente a los daños que puedan sufrir en su persona o bienes por cosas que se arrojen o caigan al exterior desde inmuebles elevados.

Pensamos que el TS, en su afán de indemnizar a la víctima, altera la

configuración y sentido de la norma para conseguir su aplicación a un supuesto que, a nuestro juicio, está fuera de ella.

Recapitulando podemos decir a modo de primera conclusión, que es una exigencia del texto y del sentido del art. 1910 que el objeto que produce daño a un tercero ha de caer o ser lanzado al exterior de la vivienda y, por tanto, el perjudicado o aquel de sus bienes que haya resultado afectado, debe estar en dicho lugar.

Parece que es indiferente que el perjudicado por lo arrojado o caído esté en un lugar público o privado, lo esencial es que se encuentre fuera de la casa desde la que proceda el objeto. Por consiguiente, este sujeto puede estar en una vía pública, como puede ser una calle, o incluso en su propia casa. La protección de la norma se extiende a cualquiera que sufra algún tipo de daño en su persona o bienes, ya sea vecino del responsable o un simple transeúnte²⁹.

6. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DEL ART. 1910 CC.

Ha sido y es opinión predominante en la jurisprudencia considerar que el art. 1910 establece un régimen de responsabilidad de carácter objetivo, en cuya virtud el “cabeza de familia” responde de todos los daños que produzcan a terceros las cosas que desde su vivienda caigan, se arrojen o, en su caso se filtren; sin que sea necesaria la concurrencia de culpa por su parte.

La doctrina ha venido introduciendo matizaciones a la consideración del art. 1910 como un supuesto legal de responsabilidad objetiva, de tal manera que esta calificación, en su consideración más extrema, es defendida por escasos autores³⁰. Uno de los primeros comentaristas al Código Civil ya argumentó que el art. que nos ocupa adopta una responsabilidad subjetiva del cabeza de familia y está relacionado con la responsabilidad por hecho ajeno, en el sentido de que sobre el cabeza de familia pesa el deber de vigilar los actos que realicen los miembros de su familia que habiten con él, para de ese modo evitar que sus actos puedan producir daños a terceros³¹. Desde este punto de vista, la responsabilidad del art. 1910 es subjetiva y el fundamento de la responsabilidad del cabeza de familia es la

29 Así también, Ramos Maestre, *ob., cit.*, pp.68 y 69.

30 Batlle es uno de ellos. Apunta que incluso esa característica es precisamente la que otorga al art. 1910 un carácter peculiar frente al régimen del art. 1902, lo cual hace que, a su juicio, en los supuestos a los que se aplica la norma, el autor del daño no pueda enmascarar las causas del mismo. *Ob., cit.*, p. 7.

31 Manresa, Comentarios al art. 1910 del cc, en *Comentarios al Código Civil*, t. XII, p. 919, Madrid 1973.

culpa in vigilando, que se presume por el hecho de que lleguen a arrojarse o caer objetos desde su vivienda. A esto se ha añadido que el cabeza de familia dejará de ser responsable, si los hechos prueban en contra de dicha presunción³².

Autores posteriores no son tan contundentes a la hora de calificar el art. 1910, sin más, como un supuesto de responsabilidad extracontractual de carácter subjetivo. En este sentido, se ha puesto de relieve que debe admitirse necesariamente que el art. 1910 consagra una responsabilidad vinculada a la idea de culpa, en la medida que presupone al menos una acción u omisión objetivamente negligente, bien del cabeza de familia, bien de cualquier persona que conviva con él o esté transitoriamente en la vivienda; el hecho de arrojar o verter algo a la calle son actos objetivamente negligentes, al suponer dolo o culpa. Desde este punto de vista, se dice, puede entenderse que el art. 1910 consagra una responsabilidad objetiva, pero sólo si se añade que se trata de una responsabilidad objetiva por hecho negligente de un tercero³³.

En fin, hay quien ha señalado que puede calificarse al art. 1910 como un caso de responsabilidad objetiva pero no en un sentido riguroso, sino entendiendo la expresión como equivalente a responsabilidad inicialmente estimada o presunta, para si no llega a probarse que la causa del daño fue otra o que ésta procedió de caso fortuito o fuerza mayor, porque hay muchos ejemplos de casos en los que algo arrojado o caído de una casa causa daño que no es en absoluto atribuible al cabeza de familia³⁴. Además, se dice, “cuando el hecho de que caiga algo vaya precedido de la previa actuación de alguien, actuación que tiene por resultado provocar después aquel hecho, el responsable no es el cabeza de familia del piso de donde cae lo que sea, sino aquel alguien”; por lo que “es sumamente discutible que (si bien partiendo de la presunción de culpa) deba responder por los daños del

32 Santamaría, *Comentarios al Código Civil*, t. II, p. 962, Madrid 1958.

33 Pantaleón, *ob., cit.*, p. 1610. A este postura se adhieren expresamente Salanova, *ob., cit.*, pp. 371 y 372, Ramos Maestre, *ob., cit.*, pp. 58 y 59.

34 Albaladejo, *ob., cit.*, pp. 4773 y 4774. Dice el autor, “*como si una ventana perfectamente conservada y cerrada, la arranca y la arroja a la calle un fuerte golpe de viento, o un terremoto o vendaval o ciclón o tromba de agua hace caer a la calle las macetas de una terraza que estaban debidamente aseguradas, o las jardineras que se suelen poner en las terrazas o los muebles que haya en ellas, o la parte exterior de un refrigerador debidamente instalado, o un aumento descomunal de la presión del agua hace reventar las tuberías sólidas y nuevas del agua de un piso, inundando el inferior; o quien está en el piso de forma circunstancial y transitoria, como una visita o un recadero, arroja algo desde él a escondidas y de forma absolutamente imprevisible, o lo hace incluso quien se ha introducido en él subrepticamente, como un ladrón, pongo el caso*”.

art. 1910 el cabeza de familia no culpable y que no tenga a su cargo los actos del culpable”³⁵.

Llama la atención que algunos de los ejemplos en los que, desde este punto de vista, no se considera deba responder el titular de la vivienda por ser fortuitos, son verdaderamente extraños, como que “una ventana perfectamente conservada y cerrada” sea arrancada por un fuerte golpe de viento. Ese sería, evidentemente, un caso fortuito... Pero más allá de esta observación, no creemos que cuando sea un tercero el autor material del daño no deba responder el titular de la vivienda sino todo lo contrario, para eso está precisamente el art. 1910.

A nuestro juicio, hay que diferenciar la conducta contemplada en la norma, intrínsecamente negligente en la mayor parte de los casos, como arrojar o dejar caer algo desde una vivienda; y que de esa conducta culposa responda el habitante principal objetivamente como garante de la víctima por estar en su esfera de control, por ser el que mejor conoce los riesgos y ser incluso quien está en mejores condiciones de asegurarlos. Queda siempre a salvo, evidentemente, la acción de regreso del titular que ha pagado la indemnización frente al autor material del daño.

Pensamos que el hecho de que las conductas de las que parte al art. 1910 sean negligentes en sí mismas, es un elemento que distorsiona la idea de que se pueda tratar de una pura responsabilidad objetiva, que juega típicamente cuando la actividad presupuesta en la norma, generadora de riesgos, es una actividad potencialmente peligrosa, como la energía nuclear. En el caso del art. 1910 la culpabilidad del autor está implícita en el sentido del acto tipificado en la norma, en cuanto que se responde por un acto que en sí mismo se aparta del standard social de conducta y por ello puede calificarse de poco diligente (el hecho de arrojar o dejar caer algo); esto lo viene a poner implícitamente de relieve el precepto. Según la norma, de ese hecho negligente responde objetivamente el cabeza de familia, lo cual nos acerca a la responsabilidad vicaria que, a diferencia de los casos de responsabilidad objetiva pura, hace que en el supuesto de que no haya culpa del autor material del daño, no responda el titular del inmueble, al ser la culpa de este sujeto un requisito esencial para la atribución de responsabilidad al principal.

El cabeza de familia debe controlar los riesgos derivados del hecho de

35 Albaladejo, *ob., cit.*, p. 4774.

habitar una vivienda, y por ello el precepto entiende que debe responder de los daños que pueda ocasionar lo que se arroje o caiga negligentemente desde la vivienda que ocupa; ese es el fundamento de su responsabilidad.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA LLAMADA IMPUTACIÓN OBJETIVA RAZONABLE

LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ
Catedrático de Derecho Civil – Emérito

SUMARIO. – I. APOLOGÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. – II. ESTUDIO CLÁSICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. A) RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL. 1. Hermenéutica del artículo 1101 del Código Civil. 2. Sustantividad de la cuarta causa. 3. Los cuatro presupuestos de la responsabilidad. B) RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. 1. Hermenéutica del artículo 1902 del Código Civil. 2. Conexión con la responsabilidad contractual. 3. Diferencias con la responsabilidad contractual. – III. LA LLAMADA IMPUTACIÓN RAZONABLE OBJETIVA COMO DETERMINANTE DE LA RESPONSABILIDAD PARA EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO.

I. APOLOGÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La Responsabilidad Civil, por su misma ontología es el sol o el expediente –más bien institución– sobre el que gira o se proyecta todo el Derecho Civil, en su significado de Derecho Vivo, en una asunción personal de la tesis de Esser sobre que la vida es ante todo “Responsabilidad”. Y en esa visión, es cuando, sin duda, se puede afirmar la máxima exponente de la citada “apología”, es decir, en el DERECHO POSITIVO-JUDICIAL – Derecho Vivo– (TODO LO QUE NO ES RESPONSABILIDAD CIVIL ES MERA ESTÉTICA JURÍDICA). Y hasta el punto ésta es una máxima de incuestionable verdad, que, desde el campo extrajudicial de los asesora-

mientos, pasando por la existencia de los despachos profesionales de abogados, hasta la culminación en base judicial –juzgados, audiencias y TS– la actividad de los mismos, cada uno en su específico sector, se ciñe casi con exclusividad laboral, en la resolución de problemas, cuestiones, litigios, en fin, en torno a la responsabilidad civil sobre la que verse el asunto. Y es que si el Derecho se explica, y, así es su razón de ser, como un instrumento coactivo, no sólo indicativo de una conducta a seguir por cada cual, respetuosa con los intereses del prójimo o convivente, sino, que ante el inevitable acaecimiento de que esa conducta no sea la predicada y se frustre el objetivo de no dañar a otro –y ahí está la dación del conflicto, litigio, en definitiva–, será cuando ese dañado acuda al remedio impeditivo de que ese menoscabo persista, bien merced a la actuación de los expertos, bien, en último caso, mediante la tutela judicial. Mas, en ambos campos, se repite, los módulos resolutivos se habilitarán a través del juego del mecanismo de la Responsabilidad Civil. Y, aunque no fuese acaso necesario, sí conviene recordar que esa Responsabilidad Civil, en un simplismo conceptual, supondrá que, ante ese daño producido por otro –infracción de un precepto normativo– el perjudicado aspire a su resarcimiento o reparación, con lo que hasta se podía ubicar su reencuentro con el asidero de historicidad de la institución, con los apotemas tan repetidos, y no, por ello secundarios, del tríptico ULPIANO, ya que, al margen del primero, relativo al “*honeste vivere*” que enjuga connotaciones éticas, los otros dos, tanto el “*naeminen laedere*” como el “*suum cuique tribuere*”, informan a la Responsabilidad Civil, quien comete un ilícito y perjudica a otro, está, obvio es, infringiendo el primero, y por ello el así perjudicado actúa invocando el juego del segundo. Claro es, que estas raíces seculares precisan una actualización en su problemática de modernidad que sirven también para explicar la “Apología” referida; ya que, en su misma analítica, esos postulados de la Responsabilidad Civil, ostentan una doble integración que, a su vez, refuerzan esa apología y la categoría maximalista rubricada, porque, por un lado, no sólo el ilícito –o trasgresión del precepto– responderá a una verdad objetiva o, a una conducta sin duda, evidente productora del daño, sino que, lamentablemente, se distorsiona en el evento el componente subjetivo del interesado en la idea, de que, con frecuencia, ese ilícito no es tal, sino una impresión o sensación interesada del que con buena fe o no, a veces, con un móvil espurio, entiende que el suceso trasgresor se ha producido y, por ello reacciona en demanda de su resarcimiento. En definitiva, tanto porque el ilícito realmente haya acontecido,

tanto porque la contraparte crea que así ha ocurrido, la realidad innegable en que convergen ambas fuentes de causación – como un *sin fin* – en un mundo omnicompreensivo de conflictos en los que late en primacía la Responsabilidad Civil. Hasta la misma connotación expresiva, se anida en la categoría: Conflicto, litigio, pleito, problema, no es sino una discrepancia o pugna de intereses entre uno y otro, porque el primero persigue que al otro se le imponga las consecuencias de la Responsabilidad Civil en que ha incurrido y, por ende, se le dispense de la tutela o el resarcimiento.

Enunciar, que en la totalidad de los asuntos “conflictivos” se debate la Responsabilidad Civil, es hasta un alarde de puerilidad, ya que, si se memoriza la diáspora de controversias imaginables en el concierto social, se acredita esa verdad: Conflictos, sin número, entre el acreedor y el deudor, poseedor y propietario-accionista y órganos sociales, lesionado víctima “versus” autor, pugnas entre parientes por derechos familiares-sucesorios, problemas arrendaticios o dominicales –poseedor frente a propietario–, etc... son una muestra bien tenue de que el quehacer exclusivo de los despachos profesionales y la materia mayúscula sobre la que recae la función judicial, siempre lo será dentro de la Responsabilidad Civil, hasta el punto que vale el aserto de que, todo lo demás es mera ESTÉTICA JURÍDICA. Y al punto, es difícil imaginar un litigio en donde no se debata de entrada o al final, un sesgo de Responsabilidad Civil; se dice o apunto que, v.g. en las cuestiones de estado civil, es posible la excepción, al no existir una contraparte que se oponga a la pretensión, lo que tampoco se comparte, porque, igualmente, en cualquier materia de progeñe, de filiación, es difícil no encontrar un contradictorio opuesto a la pretensión, ya desde sus inicios o al final en sus consecuencias, al quedar afectado por ese estado civil que se declare judicialmente. Son definitiva, otros argumentos que cierran el epigrafiado –acoso con un sabor en demasía– “apología de la Responsabilidad Civil” los que siguen:

1. El Derecho Positivo, judicial o vivo, es un instrumento –cuerpo ordenador/sancionador– resolutivo de conflictos, y éstos, por definición presuponen un conjunto de intereses encontrados, en donde uno pugna con el otro en defensa de su pretensión, la cual, procesalmente, se caracteriza por el ejercicio de una acción o acceso judicial con base a un derecho que se considera perturbado o merecedor de esa tutela que se demanda. Toda pretensión, pues, confluye en una reclamación por parte de quien entiende –con razón, objetivación del problema, o sin ella, pero que así lo sien-

te subjetivización— perturbado, dañado o perjudicado por la conducta del otro, frente o contra el que reclama.

2. Eso, tan así, es la entraña de todos los litigios, esto es, se demanda la tutela judicial, para que se imponga la responsabilidad civil a quien se estima es el autor del ilícito causante de aquella perturbación; ilícito que no es sino la trasgresión de una norma, sea desde la clásica del “*laeminen laedare*” hasta la del incumplimiento contractual y, de ahí, el binomio de la responsabilidad contractual la segunda o aquiliana la primera.

3. En la estructura de toda norma jurídica, en un recuerdo de su elemental propedéutica, al supuesto de hecho o descripción de las circunstancias, se le agrega el indispensable efecto sancionador o imposición de un reproche si no se respeta el mandato; esa imposición no es sino la savia conductora a la responsabilidad civil, que se demanda ante quien desoye aquella sanción.

4. De igual modo, la imperatividad de toda norma, consecuente con esa citada exigencia de su sanción, implica el deber de cumplirla o acatarla, de tal modo que, si no se cumple, “se responde” sin más. Pero, ¿cómo y ante quien?; el “hágase” o “debe hacerse” propio de esa imperatividad, conlleva a que con su observancia se respete la armonía social o los derechos o intereses confluyentes, de tal modo, que sino, o no cumple o respeta, se menoscaba la esfera jurídico-patrimonial del otro sujeto, objetivo o finalidad de aquella onda sancionada en su cometido ordenador del Derecho, pues, no se olvide, que el “hágase” o “debe hacerse” propende que ante un supuesto de hecho el mandato o sanción preserva o protege la zona de confluencia del otro interesado; el débito ha de cumplirse, la propiedad será acatada, los derechos de los demás han de respetarse, etc., son afirmaciones que forjan esa dualidad entre la autoría en la trasgresión, producción del ilícito y tutela de quien, por esa inobservancia, le ha visto perjudicado.

A tenor de que en toda sanción normativa existe un obligado a cumplirla y un destinatario de su cumplimiento y, por ello, perjudicado *ex post* si se infringe, se explica porque afloran o se hacen ostensibles o relevantes en el mundo del Derecho los incumplimientos sin número, que en el concierto social acaecen en torno al aparato regulador del Derecho; esto es, si no fuera porque ante el incumplimiento de una norma, existe otro sujeto que, por ello mismo y por el perjuicio que se le irroga, LO DENUNCIA O RECLAMA FRENTE a su autor, quedarían impunes la mayoría de las conductas transgresoras.

5. Y en el colmo del paroxismo apologético, se podría hasta sostener que en cualquier precepto, norma o artículo de nuestro venerable Código Civil, albergante del rigor de la proposición jurídica –o sea, acogedor del sentido de imperatividad, por tanto, desechando los modelos impropios de generalidad definitoria de conceptos–, existe esa presencia permanente de la responsabilidad civil en la idea de que cualquier precepto o artículo, en el imperativo que encierran, obedecen o tienen su razón de ser en que su inobservancia provocará la reacción del otro sujeto amparado por ese mismo precepto, quien en defensa de sus intereses o derechos, reclamará contra ese infractor para que se le imponga el reproche sancionador, y ya pues, dentro del campo ínsito de la pregonada responsabilidad civil.

II. ESTUDIO CLÁSICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La responsabilidad civil, en general, es como un juicio de reproche que dicta el Ordenamiento a una conducta infractora, a una conducta constitutiva de un hecho ilícito. Aunque sea tema de divulgación –pero para entrar un poco en materia–, si efectivamente la conducta contraventora supone la vulneración de la *lex privata contractus*, se producirá la responsabilidad CONTRACTUAL; si se contraviene la ley de “Naeminem Laedere”, se estará en la responsabilidad extracontractual.

A) RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

La responsabilidad civil contractual supone la transgresión de la Ley del Contrato; el deudor no cumple aquello que se compromete. El tratamiento legal de la responsabilidad contractual se encuentra en el artículo 1101 del Código civil: quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en 1) Dolo, 2) Negligencia o, 3) morosidad, o 4) de cualquier forma contraviniese el tenor de aquélla.

1. *Hermenéutica del artículo 1101 del Código Civil.*

La expresión utilizada, en su modalidad adverbial: “... los que “durante” el cumplimiento...”. ¿Ello es aceptable? Gramaticalmente parece que la respuesta es afirmativa y, por tanto, al parecer, la esfera de subjetividad delineada se refiere a aquellos deudores que “estando cumpliendo sus obligaciones”, o sea, han comenzado a cumplir y luego dejan de hacerlo... Si

esta conclusión fuera cierta, se reduciría sobre manera el alcance del artículo, porque lógicamente sólo jugaría en aquellas obligaciones cuyas prestaciones se han empezado a cumplir, y posteriormente se interrumpe dicho cumplimiento por “incurrir” el deudor en alguna causa de las descritas, y si especulativamente cabe deslindar ambos momentos o conductas del deudor; en la “praxis” se estima que únicamente en las obligaciones de tracto sucesivo o mantenidas en el tiempo sería captable la distinción. De rechazo se excluirían de la órbita del precepto todos aquellos deudores que incumplieran sin más la obligación, o sea, no ejecutaran acto alguno tendente al cumplimiento; hipótesis ésta, como se sabe, de “incumplimiento propio o definitivo”, que generalmente se ubica –casi en su totalidad, a tenor de la doctrina tradicional– en el núcleo del artículo 1101. Por todo ello, parece lo más sensato entender que en su marco de subjetividad tanto se encierran a aquellos deudores que inicialmente cumplen o empiezan a cumplir; como a los que inejecutan acto alguno tendente al cumplimiento.

2. Sustantividad de la cuarta causa.

Razonamiento de su sustantividad como “cuarta causa de responsabilidad contractual. Precisión conceptual: relación con el artículo 1098.2º. La contravención especial absorbe el cumplimiento “erosionante”, “irregular”, “defectuoso” o “irritual”. Pero ¿qué es la contravención?, o más exactamente, ¿cuál es el sentido de la contravención establecida en el artículo 1101?. Es preciso delimitar ese significado porque en el tema, como se verá, interfieren algunos precipitados propiciantes al equívoco. Según ALEMANY, contravención es la “acción y efecto de contravenir”, y contravenir implica “obrar en contra de lo que está mandado”, de donde se extrae ya la nota consustancial al término de que toda contravención supone una actuación contraria a lo ordenado o, traslaticiamente, a “lo obligado”. Preciso así el concepto de la “cuarta causa” es fácil, por ejemplo, y a título ilustrativo, relacionar el *nomen* del artículo 1101 con el igualmente empleado en el párrafo segundo del artículo 1098:

“...Si el obligado a hacer alguna cosa la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación, se mandará ejecutar a su costa. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.”

Un primer argumento de sustantividad se extrae de la hermenéutica literal del precepto. Afirmar, pues, que el artículo 1101 delinea cuatro supuestos determinantes de la responsabilidad contractual en vía de resarcimiento –se-

gún el sentido técnico adosado por nosotros a la tesis de BONVICINI— no es sino constatar el fruto de una simple lectura de aquél; la misma conjunción copulativa “y”, al término de la enumeración casuística precedente, con su enlace en sujeto plúrimo final, “los que” revelan meridianamente que estos deudores son otros distintos a los tres anteriores —los dolosos, culposos y morosos—, porque, además, para fortalecer el sentido gramatical, asimismo se nominalizan empleando el pronombre correspondiente, al igual que se hace para tipificar, al principio, a esos distintos tres deudores, es decir; “los que”.

3. *Los cuatro supuestos de la responsabilidad. La culpa determinante.*

Partiendo del cuadro cuatripartito de requisitos (esto es, conducta, daño, nexo causal y culpa), el de la “culpa” es el tema nuclear de la responsabilidad y, sobre todo, es el que nos va a llevar a un efecto significativo diferenciador en torno a la responsabilidad extracontractual en lo concerniente a la denominada inversión de la carga de la prueba.

¿...Cómo se acredita la culpa en la responsabilidad contractual...?

Naturalmente, siguiendo los dictados clásicos, en el origen del artículo 1214, que refleja el secular “al actor le incumbe la prueba”, o incumbe la prueba a aquel que reclama según recoge el artículo 1214, trasunto del *incumbit probatio ei qui dicit non qui negat*, de ahí que será el acreedor, perturbado por el incumplimiento del deudor, quien deberá acreditar ese cuadro cuatripartito:

- La acción o incumplimiento.
- El daño que produce.
- El nexo causal.
- La culpa.

O sea, se ha de probar que el deudor no ha cumplido por culpa, por alguno de esos supuestos de reprobabilidad del artículo 1101, si bien puede aducir luego el deudor, que no cumple, porque, diligente, no pudo cumplir por la imposibilidad sobrevenida, caso fortuito del artículo 1105 del Código Civil.

Interesa en modo destacar que todo el tema de la responsabilidad contractual está basado en la presunción de diligencia del deudor, por lo que, en principio, será el acreedor el que tenga que demostrar su culpa.

B) RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

1) Hermenéutica del artículo 1902 del Código Civil.

Es sabido que la responsabilidad extracontractual presupone un juicio

de reproche a quien efectivamente comete un ilícito, no por la vulneración de la *lex privata*, sino por la vulneración del *naemine laedere*; se recoge en el artículo 1902: “El que por acción u omisión causa daño a otro, está obligado a reparar el daño causado”; este precepto nuclear de tantos quebraderos de cabeza, es el que ampara la respectiva *ratio petendi* de la infinidad de litigios sobre responsabilidad; con respecto a la contractual, su elemento de culpa también se alude en la responsabilidad extracontractual, que, obvio es, requiere asimismo una acción u omisión, daño, nexo causal y también la culpa.

La diferencia está en que el elemento de reprobabilidad del artículo 1101 se diversifica en esas cuatro modalidades, y, sin embargo, el artículo 1902 sólo habla de culpa o negligencia, por lo que ciertos autores piensan que ahí hay diferencias que pueden llevar aparejado, incluso, consecuencias distintas. Por ejemplo, se dice que el tema de la culpa leve no acontece igual en la responsabilidad contractual que en la extracontractual. Se reitera, pues, en cuanto a la hermenéutica del artículo 1902, que también acoge el cuadro cuatripartito: la acción, el daño, el nexo y la culpa, y que al no existir ninguna cortapisa, debe prevalecer también la exigencia del elemento de reprobabilidad, afín al llamado criterio voluntarista, determinante de la responsabilidad subjetiva presente en la aquiliana, y al margen del incesante fenómeno socializador del derecho que –como se verá– deberá atenuarse para tratar de evitar la emigración de este tipo de responsabilidad a derroteros de la objetiva, desvío que desde luego no tolera el citado artículo 1902.

2) Conexión con la responsabilidad contractual.

En torno a las conexiones, ya lo decía NIPPERDEY, que los principios fundamentales de la transgresión contractual son idénticos a los de los actos ilícitos de la extracontractual; y es que en la práctica se plantea una misma conducta transgresora de una *lex* (en la primera, *Lex privata contractus*), y de otra ley, la de respetar el patrimonio del otro (en la segunda, *Naeminen laedere*), elemento culpabilístico, pues, que se puede considerar semejante, sin perjuicio de esa diferencia del Código civil de que frente a las cuatro causas de reprobabilidad o de ilicitud del artículo 1101, sólo se habla de culpa o negligencia en el artículo 1902. En definitiva, en ambas responsabilidades juega el apotegma “quien daña responde”, si bien –salvo como se verá– sobre la prueba del daño/culpa acontece otra variante bien

obvia; en la contractual el daño está como anticipado al coincidir con el *id quod interest* de la prestación, mientras que en la extracontractual el daño será el menoscabo *ex post*; y es que los efectos de ambas responsabilidades también son comunes en el sentido de que, en principio, opera la premisa de que quien daña responde, si bien esto hay que matizarlo con la idea de que bajo la ineludible apoyatura subjetiva, no es suficiente ese “quien daña responde” y sí, en cambio, el “quien daña con culpa responde”, y así dentro de la responsabilidad contractual se anticipa su característica propia de que el daño está como anticipado y viene a equivaler al contenido de la prestación, de tal suerte que en esta responsabilidad, a consecuencia del reproche por el incumplimiento de la prestación, puede derivar (siguiendo a BONVICINI) en una responsabilidad de garantía, que es el cumplimiento *in natura*, o bien, en su defecto y cuando no es posible, en la llamada responsabilidad por el resarcimiento o la responsabilidad por el equivalente, *id quod interest*; mientras que en la responsabilidad extracontractual es evidente, no existe esa anticipación del daño, ya que depende del menoscabo *ex post* que infiera el autor de la conducta.

3. Diferencias con la responsabilidad contractual.

Ab initio se plantea si las diferencias que vamos a analizar tienen o no peso específico para sostenerlas, porque la mayor parte de ellas son fruto de una creación jurisprudencial con un relativo o discutible apoyo legal; cabe señalar los siguientes:

Inversión de la carga de la prueba.

Sobre la prueba de la responsabilidad/culpa: juego de presunciones.

1) *Contractual*: El acreedor debe probar todo el proceso: “*incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*”, artículo 1214, “incumbe la prueba al que reclama: acción, daño, nexo y culpa. *In favor debitoris* “presunción de diligencia.

2) *Extracontractual*: Inversión de la carga de la prueba: razones: solidaridad social, la víctima ha de ser resarcida. El actor o perjudicado sobre todo sólo ha de probar el daño y se presume la culpa del autor. Presunción de culpa, tendencia socializante en pos de la responsabilidad objetiva por daños frente a la responsabilidad por culpa.

Bajo la presunción de diligencia del artículo 1101, el acreedor perjudicado tiene que acreditar la culpa del deudor; sin embargo, en la aquiliana

(y por razones que luego se exponen) se habla de la inversión de la carga de la prueba, ya que el perjudicado sólo tiene que probar o acreditar la conducta omisiva o positiva, el daño y el nexo causal, sin que deba acreditar la culpa porque se presume que el autor de la conducta ha actuado con culpa, con lo que se consuma, bajo la presunción de culpa, que el que daño responde: y... ¿por qué esto?, porque el Código no lo dice, pues así como la presunción de diligencia y el *in favor debitoris* y la carga que incumbe al actor están en el Código civil, artículos 1102 y siguientes en el 1214, y, por tanto, ha de aceptarse esa presunción de diligencia del deudor, y que el acreedor tiene que demostrar su culpa, aquí, sin embargo, el Código civil no sanciona nada, si bien la jurisprudencia habla de la inversión de la carga de la prueba; en el tema se podría hasta incorporar un acarreo del fenómeno socializador del Derecho de que, a ultranza, parece que, por razones de justicia, la víctima tiene que ser reparada, a la víctima hay que atenderla, bajo la influencia de ese eco que está tratando de abrirse campo, de la responsabilidad objetiva, de la responsabilidad por riesgo, que así, casi se margina, porque con la inversión de la carga de la prueba, el que actúa en principio responde, en tanto no acredite que ha actuado diligentemente, por lo cual, con esta inversión, en el proceso la posición del perjudicado es muy ventajosa, ya que el autor del suceso tiene que cargar con la prueba, para demostrar que ha actuado así, pero que, naturalmente, no es responsable porque ha actuado diligentemente.

Son, en definitiva, razones de justicia conmutativa y, es más diría que son hasta razones de una información excesiva –incluso de Derecho laboral–, en donde, en virtud del *in dubio pro operario*, está incorporada la responsabilidad objetiva o por riesgo; ya hace tiempo decían los hermanos MAZEAUD que la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad objetiva (y hasta la inversión de la carga de la prueba) es una consecuencia de cuando por los adelantos de la técnica se ha impuesto, sin necesidad de culpa, que alguien tenga que responder por los hechos de otro, que es lo que sucede en la responsabilidad por parte del empresario; mas se recalca que no existe una razón normativa o de *ius cogens*, de derecho constituido, que imponga la presunción de culpa en responsabilidad extracontractual.

Y como gran parte de los litigios vienen por el canal de artículos 1902, aparte del 1101, unido a que las modernas tecnologías, las presentes circunstancias económicas, hacen que afloren nuevos modelos de riquezas y de estructuras, esto es, fuentes incesantes e intensas de actividad de riesgo,

conlleva todo lo cual a vigorizar los cimientos seculares de la responsabilidad por culpa que, no se dude, están ahí, en el artículo 1902.

Juego de la solidaridad impropia:

Si a la responsabilidad extracontractual (recursos sociales)

No a la responsabilidad contractual.

En segundo lugar, otra diferencia (también muy sobresaliente) es el tema de la solidaridad; pues en la responsabilidad extracontractual, asimismo la creación de la jurisprudencia ha “inventado”, que cuando en el hecho coexiste una serie de conductas, concausas o coautorías, y no se puede determinar quién ha sido el autor eficiente, o el porcentaje de atribución de daños a cada interviniente, unas veces, porque, razonablemente, no existe esa demostración, o a veces, por pura inercia resolutoria, entonces se impone la “solidaridad” de todos los coautores; que, solidariamente, deben responder del resarcimiento frente al perjudicado; es lo que se denomina la solidaridad “impropia”, que desnaturaliza y de qué modo, la solidaridad propia en tema contractual (del art. 1137) cuando las partes que se han obligado asó son coherentes y, es natural que así respondan; porque, y ahí está la denuncia, en tema de responsabilidad extracontractual, puede ocurrir que entre personas sin ninguna relación, ni nexo alguno, al final, se verán envueltas en esta responsabilidad solidaria, “impropia” –sic– (“nomen” aún mas impropio, y a nuestro entender hubiera sido mucho más exacto aludir a una especie de conjunción resarcitoria e indemnizatoria con los siguientes matices: por un lado, que deberá con el mayor celo, agotarse los trámites para tratar de constatar el “quantum” de participación en el hecho ilícito de cada uno de los partícipes y, en segundo lugar, que cuando esto no sea posible, tras agotarse todos los medios de prueba, será cuando se podía implantar la llamada “conjunción indemnizatoria” para que el colectivo, indemnice al perjudicado, con la siguiente puntualización: previo rechazo del vínculo de solidaridad imponer la condena al colectivo de autores de tal forma que, en todo caso, se individualice la condena a cada uno que responderá por su parte correspondiente, de tal forma que si son tres los autores cada uno responda de la tercera parte, y con independencia asimismo de la eventual repetición; y es que siguiendo esa crítica, se exclama ¿habrá algo que más repela que uno se vea encadenado en las consecuencias indemnizatorias por conductas de otras personas, con las cuales no se está ligado en absoluto?; y es que también, por creación jurisprudencial, se ha impuesto

la solidaridad en el tema de la responsabilidad extracontractual, porque –se repite– persiste la obsesión tuteladora de que, a ultranza, hay que resarcir el daño y así como en la inversión de la carga de la prueba, a toda costa, se parte de la presunción de culpa del actor, cuando son varios coautores, y no se puede desmenuzar el “quantum” participativo de la autoría, todos responden por igual; por lo cual, cabe imaginar algunos problemas que se plantean “ex post”, si luego, alguno de los condenados solidariamente inste otro proceso, para que se acredite fehacientemente el monto exacto de participación que él ha tenido y, hasta para postular incluso, su exclusión en la autoría en una especie de acción de repetición, con la eventual convulsión de los efectos de la cosa juzgada (porque, si “primus, secundus y tercius” han sido condenados en el pleito solidariamente, luego “primus” puede iniciar otro para esclarecer justamente el grado de autoría, y demostrar que él no participó); entonces ¿qué pasa?, lo que antes ha reflejado la sentencia, ¿sienta excepción de cosa juzgada?; una tesis que puede ser válida, será la que sostiene que como la cualidad con que las partes intervienen en el segundo litigio no es la misma, entonces no acontecerá la triple identidad para que se produzca el efecto de la cosa juzgada; pero –se repite– la razón es exactamente la misma, la obsesiva protección a la persona perjudicada.

Daños morales.

Otra diferencia que existe en el tratamiento es, por ejemplo, el tema de los daños morales...¿Qué es el daño moral? Es un concepto tan vaporoso que escapa de lo jurídico, y es curioso cómo ahora, por ejemplo, con la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Ley 30/1995, de 8 de noviembre, se habla hasta de su “baremización”; así se contemplan varios supuestos de daños morales, en todo el complejo Anexo de la Ley, al fijar un sistema de valoración de los mismos; número 7, “ la cuantía de la indemnización para daños morales es igual para todas las víctimas...”; pues bien, difícil es sentar unas premisas aritméticas de su *quantum* cuando, como se sabe, el daño moral es como el quebranto o sufrimiento que experimenta una persona al haber sido víctima de una agresión productora de un daño más o menos material; por ejemplo, se dice que cuando por resultado de un accidente de circulación fallece la víctima, el sufrimiento que padecen los deudos de esa víctima, no ya la carencia material que le produce ese fallecimiento, porque eso puede entrar dentro de la órbita de los perjuicios, sino el dolor; el pesar; el sufrimiento; asimismo, si la persona

que, por ejemplo, ha sido víctima de una lesión, le queda un déficit facial, el sufrimiento que padece dicha persona al estar percibiendo permanentemente esa situación: el llamado “perjuicio estético” del capítulo especial de citada ley, ¿es eso valuable económicamente?, casi de quimera supone partir de algo tan vaporoso y proyectarlo, en equivalencia, a un *quantum* económico, perfectamente resarcible; tampoco, empero, debe omitirse la razón de este sistema de Ley de Ordenación del Seguro: procurar encontrar un modelo de seguridad y evitar la dispersión judicial al cuantificar en forma distinta unos supuestos y otros u otra.

Y de nuevo, en sede de esas diferencias, se dice que el daño moral no puede ser objeto de resarcimiento en la responsabilidad contractual, y en la extracontractual sí, pero... ¿por qué?, ¿es que no puede haber una conducta infractora por parte del deudor que incumple “*la lex privata contractus*” determinante también de esa desafección, de ese sufrimiento, de ese padecimiento del acreedor que pensaba percibir lo que le pertenecía?

Imagínense ustedes que existe un compromiso de reintegrar.

Un cuadro de un valor sentimental o familiar impresionante y el deudor (el obligado a reintegrar) no lo hace, figúrense el quebranto que produce en ese acreedor, no sólo por no obtener el cuadro, sino también por esa nostalgia sentimental de algo entrañable que era de su familia... ¿Es que esto no es evaluable?, y ¿por qué sí lo es en tema de responsabilidad extracontractual? Si ya se atisba es “por la inimaginable onda de proyección del ilícito aquiliano”, pero... ¿es suficiente?

Otras diferencias: prescripción. Cláusulas modificativas de responsabilidad.

Otra diferencia es el tema de la prescripción, si bien ahí hay un marco legal: en el tema de la prescripción se dice que las acciones para exigir resarcimiento con responsabilidad extracontractual prescriben al año —ex art. 1968.2º—, mientras que para la responsabilidad contractual prescriben a los quince años —art. 1964—; esto es curioso porque yo defendía la responsabilidad contractual en un Congreso de Médicos, y en un coloquio alguien dijo:

“...Oiga usted, no crea que eso es corporativo, nos está usted perjudicando, porque a nosotros nos interesa más que esa responsabilidad sea contractual, pues si transcurre un año sin que se nos reclame, podemos aducir prescripción...”

Cierta la denuncia, ahí si existe un marco legal; también existe diferencias en torno a las cláusulas convenidas sobre responsabilidad, pues cabe pactar previamente algo que en la responsabilidad extracontractual no es posible, mientras que los pactos, actos de limitación o modificación de responsabilidad, en tema de responsabilidad están perfectamente admitidos, en mor al *pacta sunt servanda*;... el de exclusión es defendible desde la suspicacia, hasta la prohibición; sin embargo, en la responsabilidad extracontractual –se repite– ello no es posible, porque no se conoce a los interesados luego en el proceso desencadenante de la responsabilidad.

III) LA LLAMADA IMPUTACIÓN RAZONABLE OBJETIVA COMO DETERMINANTE DE LA RESPONSABILIDAD PARA EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

En un trabajo de J.A Xiol, Revista Jurídica de Actualidad Civil (aplicable al efecto en la línea de la obra de Günter JAKOBS “la imputación OBJETIVA en Derecho penal: “El significado de un comportamiento social constituye el objeto de la teoría de la imputación OBJETIVA”: V.g para que un comportamiento cause un perjuicio no basta aislar al autor pues cabe que, en el contexto del suceso, competa a otra persona: Así cabe hablar de 4 clases de comportamiento; 1) Si el autor, sin responsabilidad no participa en el resultado (amante que rompe y su amada amenazó con lesionarse). El autor se conexas con otro que emite la infracción (comerciante que vende productos tóxicos, sin más), 3) O que entrega explosivos y se mata con ellos a una persona, 4) Son casos de inducción y complicidad: sin responsabilidad)

Se comenta esta nueva exigencia para determinar esa responsabilidad por el daño causado, según la moderna jurisprudencia del T. Supremo (SS. 16-10-2007, 9-10-2008, entre otras), y son sus presupuestos los siguientes; previa constatación de esa imputación objetiva:

“La imputación objetiva, que integra una *quaestio iuris*, comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterio extraídos del ordenamiento jurídico, la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida,

y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias”.

1. En la concurrencia clásica para la Responsabilidad Civil (daño o perjuicio, acción de otro, y nexo causal entre ambos), es preciso prefiar el dato de la IMPUTABILIDAD, es decir si, en efecto, todo ese proceso puede atribuirse al autor de la conducta para exigirle su responsabilidad en pos al resarcimiento, por ello.

2. Se precisa analizar si aquella CAUSALIDAD FÍSICA o MATERIAL, puede derivar en la CAUSALIDAD JURÍDICA, base de la imputación.

3. Por eso ante el criterio subjetivo de Responsabilidad de los Arts. 1101 y 1902 CC., se precisa alcanzar el llamado criterio objetivo si es que concurre esa causalidad jurídica.

4. Frente a la “questio factis” de la causalidad material, ha de encontrarse la causalidad jurídica o “ Quo iuris” para imponer la responsabilidad por el daño.

5. Habrá de valorarse si en aquel nexo de causalidad material se interfieren como factores que desvirtúan la imputación de responsabilidad al citado autor material del hecho –v.g., si concurren factores excluyentes de esa responsabilidad: v.g asunción el riesgo por el propio perjudicado, o de terceros, o eventos fortuitos o de fuerza mayor, etc.

El nuevo enfoque proviene de la misma jurisprudencia de la Sala 3ª, que analiza el imponer a ultranza la responsabilidad de la Administración, por actos de sus agentes: Vg, el art. 141 de la L.R.J, que dice que sólo se indemnizarán los daños a los particulares cuando éstos NO TENGAN EL DEBER JURÍDICO DE SOPORTARLOS, y que no lo son los provenientes de hechos imprevistos o inevitables según el estado de la ciencia.

CONCLUSIÓN:

En realidad esta imputación objetiva implica que (no es suficiente la voluntariedad (subjetiva) de la acción, sino que habrá de examinarse todo el proceso posterior desencadenante del DAÑO para imputar la responsabilidad), sin más pues pretende seguir la depuración por el Derecho moderno, en tema de responsabilidad del principio medieval del CAUSA CAUSAE, esto es, quien provoca el hecho causante determinante de todo proceso, responderá de todos los daños acaecidos durante el mismo: V.g., el choque de un automóvil, con la rotura de la luna de un establecimiento,

el infarto del comerciante, el susto de la cliente, la llegada de los bomberos con los desperfectos causados, los peatones asustados, etc.

Es claro pues, que sólo cabe atribuir aquel daño cuando razonablemente se derive de la conducta inicial según el devenir normal de acontecimientos.

Es una forma de evitar ese fatalismo impositor, por ello se dice que frente a la CAUSALIDAD MATERIAL HA DE ENCONTRARSE LA CAUSALIDAD JURÍDICA.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES DE LA EDIFICACIÓN. GARANTÍAS LEGALES Y ASEGURAMIENTO

PABLO AMAT LLOMBART
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Politécnica de Valencia

SUMARIO. 1. APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PROFESIONALES DE LA EDIFICACIÓN. 2. RESPONSABILIDADES Y GARANTÍAS ESPECÍFICAS DE PROFESIONALES Y TÉCNICOS DE LA EDIFICACIÓN. 2.1. La responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código civil. 2.2. Responsabilidad civil de los agentes de la edificación en la LOE 38/1999. 2.3. Garantías legales para la cobertura de los daños materiales causados con ocasión de la edificación. 3. RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS DE 2000 Y DE LA VIGENTE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007. 3.1. Ámbito de aplicación y modalidades de responsabilidad exigibles. 3.2. La responsabilidad en el contrato de obras. 3.3. Responsabilidad derivada del contrato de concesión de obras públicas. 4. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

1. APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PROFESIONALES DE LA EDIFICACIÓN

Dice el artículo 1089 del Cc que las “*obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”.

Se incurre en *responsabilidad contractual* cuando existe previamente entre las partes un contrato en vigor que les vincula jurídicamente y del que se derivan las obligaciones cuyo incumplimiento genera la responsabilidad. Ser «civilmente responsable» implica la necesidad de asumir las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento del contrato, es decir, el deber de reparar el daño y perjuicio causado.

En ese sentido se expresa el artículo 1101 del Cc: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas*”.

Todo contrato que suscriba una empresa o profesional (arquitecto, aparejador, ingeniero, proyectista...), en cualquiera de las modalidades que admite el tráfico jurídico y económico, debe cumplirse escrupulosamente sobre la base de las estipulaciones y pactos que en él se contemplen. Resultan aplicables, a tal efecto, las normas generales sobre incumplimiento de obligaciones del Cc. (ya directamente o bien como derecho supletorio).

Por regla general, para que se produzca la responsabilidad, el incumplimiento del deudor de la prestación debida debe ser imputable del mismo. Ello sucede cuando recaen sobre él los hechos que determinan el incumplimiento, lo cual puede producirse por incurrir en mora (retraso en la entrega o ejecución de una cosa –como la obra, el proyecto de construcción, etc.– desde que se le exige judicial o extrajudicialmente), por incurrir en negligencia (falta de la diligencia mínima exigible o de la *praxis* adecuada a la profesión que se ejerce) o en dolo (mala fe, intencionalidad de producir un resultado antijurídico).

Verificado el incumplimiento y siendo éste imputable al obligado-deudor en el contrato, nace la responsabilidad civil, es decir, nace el deber de resarcimiento o reparación que puede efectuarse de dos maneras: a) La reparación en forma específica, cumpliendo el obligado la misma prestación inicial que fue incumplida (entrega del proyecto prometido, dirección de la obra determinada, entrega de la obra correctamente ejecutada...); b) Cumplimiento por equivalente, siempre que no fuera ya posible la reparación específica: ésta se sustituirá por el abono de una cantidad de dinero que «equivale» a la prestación incumplida.

Además de la pretensión encaminada a conseguir el cumplimiento de la obligación principal (ya en forma específica o por equivalente), el contratante que ha visto lesionado sus intereses, puede además reclamar del

incumplidor-infractor una indemnización de daños y perjuicios. Ésta consistirá no sólo en “*el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener*” (artículo 1106 del Cc). Es lo que habitualmente suele conocerse por “daño emergente” y “lucro cesante”, respectivamente. De estas partidas de daños también responderá el contratante incumplidor.

En otro orden de cosas, la *responsabilidad extracontractual o aquiliana* (derivada de la *Lex Aquilia* romana), es aquella que no tiene su origen en un contrato previo entre los sujetos implicados y cuyas obligaciones son incumplidas, sino más bien en una acción u omisión de una persona (sujeto agente) que ocasiona un daño a otra (víctima o perjudicado), habiéndose producido el daño por aquella persona, ya concurriendo culpa o negligencia. La responsabilidad implica asimismo la obligación de reparar todo el daño causado (artículo 1902 Cc) que se pueda objetivamente demostrar. Por ejemplo, sería el caso de cualquier daño causado a terceras personas derivado de una obra en construcción (caída de elementos constructivos, daños a fincas colindantes o a bienes de dominio público, etc.).

Por tanto, la actividad de cualquiera de los profesionales o técnicos de la edificación a que venimos haciendo alusión, siempre que cause daños o perjuicios a terceras personas ajenas a la relación contractual, y precisamente debido a la inexistencia de vínculo contractual alguno que les una entre sí, puede ser origen de esta responsabilidad *aquiliana*.

Los requisitos básicos que deben concurrir para que surja son: a) Una acción u omisión que haya provocado un daño a un tercero; b) Concurrencia de culpa o negligencia en el sujeto causante o agente; c) Producción de un daño verificable; d) Nexo causal o relación de causalidad entre la conducta realizada y el daño sufrido.

En ese sentido, DÍEZ-PICAZO¹ resume los diferentes tipos de responsabilidad civil extracontractual que pueden concurrir.

a) En primer lugar diferencia entre responsabilidad subjetiva y objetiva. La subjetiva se funda exclusivamente en la culpa, y la objetiva –también llamada responsabilidad por riesgo– se produce con independencia de toda culpa. El mero hecho de desarrollar ciertas actividades que pueden suponer un riesgo para los demás obliga a reparar los daños causados aun-

¹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2001. pp. 543 y 544.

que no hubiera intervenido culpa o negligencia del causante. Ello obliga al sujeto potencialmente responsable a estar asegurado de esta responsabilidad de forma obligatoria (seguro obligatorio de vehículos a motor, seguro de responsabilidad civil de ciertos profesionales, etc.).

b) La responsabilidad puede ser directa o indirecta. Es directa la que se impone a la persona causante del daño, es una responsabilidad por hechos propios. Es indirecta si se obliga al resarcimiento a una persona que no ha sido directamente el agente productor del hecho u omisión dañosa, y es una responsabilidad por hechos ajenos (de los empresarios por hechos de sus dependientes o empleados, de los profesionales o autónomos por actos de sus colaboradores...).

c) Se puede diferenciar entre una responsabilidad principal y otra subsidiaria. La responsabilidad principal es aquella que es exigible en primer término. La responsabilidad es subsidiaria cuando el deber impuesto al que es responsable principal no existe, no se cumple o no se puede cumplir.

2. RESPONSABILIDADES Y GARANTÍAS ESPECÍFICAS DE PROFESIONALES Y TÉCNICOS DE LA EDIFICACIÓN

2.1. La responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código civil

El artículo 1591 del Cc se inserta dentro del apartado relativo a los contratos de arrendamiento de obras, y dice así: *“El contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicios de suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años”*.

Este precepto ha dado lugar a abundante jurisprudencia de los Tribunales en orden a su concreta aplicación e interpretación práctica, pero hoy día ha sido en parte desplazado por la regulación especial de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999 (LOE), aunque no ha sido derogado expresamente.

En todo caso, el artículo 1591 del Cc resulta aún aplicable a las obras y edificios ya construidos, que se encuentren en fase de construcción o aquellos edificios para cuyos proyectos se hubiera solicitado licencia de obras

antes de la entrada en vigor de la ley (a fecha 6 de mayo de 2000).

Además –dice LACRUZ BERDEJO²– es aplicable para la reclamación de daños que no regula dicha ley y sí aquel artículo (daños morales, los indirectos –vivienda de reemplazo–, los secuenciales –en muebles que había en el edificio–, amén de las acciones que expresamente deja subsistentes la LOE (arts. 17.1 y 9).

El hecho dañoso que produce la responsabilidad del arquitecto es la “ruina” del edificio. A falta de mayor concreción legal, la jurisprudencia ha ido ampliando la extensión del concepto para dar cabida al mayor número posible de vicios o defectos de obras y edificaciones.

Así por ejemplo, la STS de 29 de marzo de 1994 –entre otras muchas en parecido sentido– reafirma que el concepto de ruina “*no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, sino que han de incluirse los graves defectos constructivos que hagan temer la pérdida del edificio (llamados “vicios ruinógenos”) o lo hagan inútil para la finalidad que le es propia*”. Esto último suele calificarse como “ruina funcional”.

Añade BLANCO GONZÁLEZ³ que la jurisprudencia también extiende la responsabilidad decenal a los vicios del proyecto, entendidos como los defectos de concepción y diseño de todas las fases del mismo que contravengan el contrato.

La conducta del profesional técnico que provoca el perjuicio se basa en la culpa o negligencia, por lo que su responsabilidad tiene carácter subjetivo, no objetivo. Para la doctrina se considera que existe una presunción de culpabilidad en el arquitecto (así BLANCO o LACRUZ citados), pues si la ruina se ha ocasionado por causa de vicios en el suelo, es porque el arquitecto ha infringido las obligaciones relativas a la comprobación de las condiciones geotécnicas del terreno y su adecuación al proyecto, lo cual determina que la estructura y cimentación diseñada no resulten adecuadas; y en cuanto a los vicios de la dirección, constituyen una falta de pericia profesional o contravención de las reglas de la técnica exigibles. En tales casos, se produce la inversión en la carga de la prueba y será el propio arquitecto demandado quien deberá acreditar que no es culpable o que actuó diligentemente, con el fin de excusar su responsabilidad.

2 LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de obligaciones*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 190 y ss.

3 BLANCO GONZÁLEZ, A., *La responsabilidad del arquitecto*, Civiles, La Coruña, 2004.

El artículo 1591 –afirma LACRUZ⁴– entiende que el director de la obra es el *arquitecto*, pero porque en su tiempo no existía la actual diversificación profesional. El precepto es extensivo tanto a los *aparejadores* –son responsables si la ruina se debe a defectos en la estricta fase de ejecución, a deficiencia de los materiales empleados en la construcción o por desatención de las instrucciones del proyecto de obra–, como a los *ingenieros* de las diversas ramas y especialidades que proyectan y dirigen una obra, o en otro modo intervienen en su construcción. Y cuando intervienen varios arquitectos o técnicos con misiones definidas, parece más justo que cada uno responda de sus propias actuaciones y no de las ajenas.

Sobre esto último, BLANCO GONZÁLEZ estima que aunque el artículo 1591 busca determinar individualmente la responsabilidad del contratista y la del arquitecto, en la práctica no siempre es posible discernir entre vicios de la construcción y de dirección, a lo que añadimos la dificultad en ocasiones de distinguir entre la responsabilidad de los diferentes profesionales y técnicos intervinientes. Así pues, sólo en caso de que no se puedan separar, individualizar y atribuir personalmente los hechos causantes de los vicios en las obras, la responsabilidad de todos los implicados será solidaria frente al perjudicado.

El Código civil en su artículo 1591 fija un plazo de garantía de diez años (de ahí la denominación de “responsabilidad decenal”), tiempo durante el cual deberán manifestarse los desperfectos, daños o ruina que afecta a la edificación. El cómputo del plazo empieza a contar “desde que concluyó la construcción”, momento que suele entenderse como aquel en que se produjo la recepción definitiva de la obra. Este plazo no puede suspenderse ni interrumpirse.

Una vez se han verificado los daños dentro del plazo de garantía de diez años, se produce el nacimiento del derecho para reclamar su reparación –es decir, nace la acción judicial al efecto–, acción cuyo plazo de prescripción es el general de quince años (artículo 1964 del Cc), que empezará a contar desde el día en que pudo ejercitarse la misma (artículo 1969 Cc).

2.2. Responsabilidad civil de los agentes de la edificación en la LOE 38/1999

Según la Disposición Transitoria Primera de la LOE de 1999, “*Lo dis-*

4 Op. cit.

puesto en esta Ley, salvo en materia de expropiación forzosa en que se estará a lo establecido en la disposición transitoria segunda, será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor”.

Se debe tener en cuenta también el artículo 2, donde aparece el ámbito objetivo de aplicación de la Ley, es decir, los edificios y los usos a que éstos se dedican.

Por tanto, la responsabilidad civil del artículo 17 de la LOE sólo se aplicará a los defectos en edificios que se encuentren dentro del marco legal de la propia Ley. El resto se regirá por el artículo 1591 del Cc o por la normativa general en materia de contratos.

El citado artículo 17, en su número 1, dispone:

“Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año”.

No olvidemos que en la LOE se consideran «agentes de la edificación», entre otros, el proyectista, el director de obra, el director de ejecución de obra y el constructor. Todos ellos van a responder de los daños estructurales (artículo 17.1 letra a) y de los defectos en elementos o instalaciones de habitabilidad (artículo 17.1 letra b, párrafo 1º). En cambio, los

defectos de acabado (artículo 17.1 letra b, párrafo 2º) sólo son responsabilidad del constructor.

En cuanto al daño resarcible, la LOE prescinde del tradicional (y expandido) concepto de ruina, pero al recoger exclusivamente los “daños materiales del edificio” queda fuera de toda posible reclamación por esta vía cualquier otro daño que no se derive directamente de los desperfectos y defectos de la construcción enumerados en el precepto, cuya responsabilidad podrá ser exigida en su caso por otros medios jurídicos (*ex* artículo 1591 Cc, exigiendo la responsabilidad por incumplimiento del contrato, etc.).

Por cuanto afecta a la imputación de la responsabilidad a dichos agentes, el artículo 17.2 y 3 establece que *“la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder. No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción”*.

Como se aprecia, la regla general es la responsabilidad separada e independiente de cada agente de la edificación y por hechos propios, si bien en el artículo 17.5, párrafo 2º se contempla un caso de responsabilidad del proyectista por hechos ajenos: *“Los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores”*.

En tal caso, dice BLANCO GONZÁLEZ⁵, la inadecuada elección de los colaboradores por parte del proyectista supone un incumplimiento por éste del contrato, y el daño que se derive de ello es directamente imputable a dicho agente.

La excepción, en la LOE de 1999, consiste en la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Sin embargo, en la práctica judicial se observa cómo la excepción se viene convirtiendo en regla, a la vista de la

5 Op. cit.

abundancia de condenas solidarias impuestas a constructores, arquitectos y otros técnicos, en base unas veces a la concurrencia de culpas, o en otras a la imposibilidad de deslindar adecuadamente la responsabilidad de cada uno de ellos.

Por otra parte, la LOE regula algunos casos especiales de responsabilidad solidaria:

a) Artículo 17.5, párrafo 1º: *“Cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responderán solidariamente”*.

b) Artículo 17.7, párrafo primero: *“El director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento”*. A la firma de dicho certificado de fin de obra, el arquitecto se responsabiliza de que la edificación ha sido terminada de acuerdo con el proyecto y la documentación técnica que la desarrolla, y que se entrega a la propiedad para dedicarse, debidamente conservada, al fin a que se la destina (BLANCO GONZÁLEZ).

c) Artículo 17.7, párrafo segundo: *“Quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista”*. Para BLANCO GONZÁLEZ se trata de una responsabilidad solidaria implícita. Este precepto tiene un sentido puramente disuasorio para los arquitectos o aparejadores directores de obras que no sean al mismo tiempo redactores del proyecto de obra, en tanto que les deberá motivar a llevar a cabo un examen exhaustivo del mismo antes de aceptar la dirección.

d) Artículo 17.7, párrafo tercero: *“Cuando la dirección de obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda”*.

Asimismo, la LOE prevé la posibilidad de que los agentes de la edificación se liberen de su responsabilidad civil alegando y probando alguna de las *causas de exoneración* previstas en el artículo 17.8, en cuya virtud *“las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño”*. Se trata de una concreción o regla especial

respecto de lo que ya establece de modo general el artículo 1105 del Cc: *“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*.

Por cuanto respecta a los *plazos de garantía* previstos en el artículo 17.1 de la LOE, durante los cuales deberán aparecer los defectos materiales del edificio para que sea posible reclamar su reparación, difieren según el tipo de defecto de que se trate, y se van reduciendo conforme menor gravedad entrañan: diez años (para daños estructurales), tres años (daños de habitabilidad) o un año (daños de acabado). Son plazos de caducidad y por tanto no cabe interrupción, suspensión ni renuncia a los mismos. En todo caso, cuando se realizase una obra de reparación de un defecto precedente, se iniciaría de nuevo el plazo de garantía correspondiente.

El inicio del cómputo de tales plazos de garantía se sitúa en la fecha de recepción de la obra sin reservas o en la fecha de subsanación de las reservas apreciadas.

Precisamente el artículo 6 de la LOE regula con profusión la materia relativa a la recepción de la obra. Son de interés particular, a los efectos del cómputo, los números 1, 4 y 5 de dicho precepto: *“1. La recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes. 4. Salvo pacto expreso en contrario, la recepción de la obra tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su terminación, acreditada en el certificado final de obra, plazo que se contará a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor. La recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha indicada el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito. 5. El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior”*.

Finalmente, en materia de prescripción de acciones el artículo 18.1 dispone: *“Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan di-*

chos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual”.

Por su parte el artículo 18.2 dispone: *“La acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial”.* Se trata de la acción que corresponde a cada uno de los responsables solidarios condenados judicialmente, contra otro u otros co-responsables para reclamarles su parte de deuda o responsabilidad.

2.3. Garantías legales para la cobertura de los daños materiales causados con ocasión de la edificación

La LOE establece en su artículo 19 una serie de garantías preceptivas (esto es, de suscripción obligatoria) por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción.

Dicha garantía contra daños materiales sólo será exigible para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. No será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. No obstante, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19, para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

La ley obliga a contratar un seguro de daños materiales o un seguro de caución, para garantizar, durante un año, tres o diez, respectivamente, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de acabado, de habitabilidad o estructurales.

El constructor será tomador del seguro de un año (vicios de acabado); el promotor, será tomador en los seguros de tres años (vicios de habitabilidad) y diez años (vicios estructurales). Como asegurados, figurarán el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio.

La prima deberá estar pagada a la recepción de la obra. Es admisible el fraccionamiento del pago en períodos siguientes a la fecha de recepción, sin por ello resultar ineficaz la garantía.

El importe mínimo del capital asegurado será: a) Seguro de un año: 5% del coste final de la ejecución material de la obra; b) Seguro de tres años: 30% de dicho coste final; c) Seguro de diez años: 100% del coste final.

El asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños (por equivalente) o por la reparación de los mismos (en forma específica).

Finalmente, y salvo pacto en contrario, las garantías legales obligatorias no cubrirán:

a) Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la ley.

b) Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.

c) Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.

d) Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma.

e) Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio.

f) Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.

g) Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.

h) Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

i) Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción.

3. RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS DE 2000 Y DE LA VIGENTE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007

3.1. Ámbito de aplicación y modalidades de responsabilidad exigibles

A lo largo del articulado de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) del año 2000⁶, aparecen diversos preceptos encarga-

6 La LCAP del 2000, hoy derogada, continúa aplicándose a los expedientes de contratación ya ini-

dos de regular la responsabilidad de los contratistas (empresarios, profesionales) frente a la propia Administración contratante y en virtud del contrato público a ellos adjudicado (responsabilidad contractual) o la responsabilidad por actuaciones que ocasionan daños y perjuicios a terceras personas ajenas al contrato administrativo (responsabilidad extracontractual).

Por su parte, la vigente Ley de Contratos del Sector Públicos (LCSP) de 2007, se aplica a los nuevos expedientes de contratación y contratos iniciados una vez entrada en vigor la ley el 1 de mayo de 2008.

Incluiremos simultáneamente cuando proceda la normativa de ambas legislaciones.

En primer término, la LCAP de 2000 regula la «responsabilidad contractual» aplicable a todos los contratos administrativos en general, derivada del incumplimiento de obligaciones por parte del contratista y que por virtud del artículo 111 dará lugar a la resolución del contrato (por falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias de aquélla en plazo; la no formalización del contrato en plazo; incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales...).

Por su parte, el artículo 95 establece que todo contratista es responsable de la demora en la ejecución del contrato: *“1. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva. 3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 20 por cada 100.000 pesetas (0,12 por 601,01 euros) del precio del contrato. 6. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

No obstante, si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga

ciados y a los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la vigente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP, Ley 30/2007, de 30 de octubre), cuya entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 2008. Desde dicha fecha y en adelante, se aplica la nueva LCSP de 2007.

del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor (artículo 96 LCAP). En todo caso, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada (Artículo 113).

En la actual LCSP de 2007 están contempladas unas previsiones legales similares a las expuestas más arriba, contenidas ahora en el artículo 196, referente a la «ejecución defectuosa y a la demora» por parte del contratista, y en el 197 sobre «resolución por demora y prórroga de los contratos».

En segundo lugar, la LCAP de 2000 contiene un precepto relativo a la «responsabilidad extracontractual» de la que se deriva la obligación de indemnizar daños y perjuicios a terceros ajenos al contrato administrativo. Según el artículo 97 *“será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción”*.

Hoy en la vigente LCSP de 2007 existe un precepto similar, el artículo 198, dedicado a la «indemnización de daños y perjuicios».

Junto a las normas de índole general arriba indicadas, tanto la LCAP de 2000 como la LCSP de 2007 proceden a continuación a determinar las responsabilidades específicas derivadas de cada contrato administrativo en particular. En atención al específico objeto de este trabajo, nos centraremos en los contratos que principalmente afectan a los agentes de la edificación.

3.2. La responsabilidad en el contrato de obras

La LCAP de 2000 dispone reglas especiales sobre responsabilidad contractual, al igual que la vigente de la LCSP de 2007.

En primer término se tiene en consideración el contenido de los proyectos de obra y la responsabilidad derivada de su elaboración. Aquí el

artículo 124 LCAP entiende aplicable la responsabilidad propia de los contratos de consultoría y asistencia (arts. 217 a 219) cuando la elaboración del proyecto haya sido contratada íntegramente por la Administración, y en el supuesto de que la prestación se llevara a cabo en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las responsabilidades se limitarán al ámbito de la colaboración. Idéntica remisión a los arts. 217 a 219 se produce respecto de la responsabilidad por la aplicación incorrecta de las disposiciones generales de carácter legal, reglamentario o de la normativa técnica que resulte de aplicación a los diferentes estudios, cálculos o para cada tipo de proyecto (Artículo 128).

En segundo lugar, procede hablar de la responsabilidad del contratista respecto de la ejecución de las obras así como de los vicios o defectos que éstas adolezcan.

Por un lado, durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía, el contratista es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse (Artículo 143). Idéntica previsión se contiene ahora en el artículo 213.3ª de la LCSP de 2007.

Dicho plazo de garantía se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares, atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año, salvo casos especiales. Su cómputo se iniciará una vez levantada el acta de recepción que procederá siempre que se encuentren las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas. Dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra redactará un informe sobre el estado de las obras y si fuera favorable, el contratista quedará relevado de toda responsabilidad, salvo la exigible por vicios ocultos (Artículo 147). En la LCP se corresponde con el artículo 218.

Por otro lado, el artículo 148 contempla una responsabilidad por vicios ocultos: *“Si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios durante el término de quince años, a contar desde la recepción. Transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida la responsabilidad del contratista”*. Dicho precepto equivale al actualmente vigente artículo 219 de la LCSP de 2007.

Finalmente, la fuerza mayor servirá como causa de exoneración de

la responsabilidad (Artículo 144). Ahora se regula en el artículo 214 de la LCSP de 2007.

3.3. Responsabilidad derivada del contrato de concesión de obras públicas

El concesionario responderá de los daños derivados de los defectos del proyecto de obra cuando le corresponda su presentación o haya introducido mejoras en el proyecto propuesto por la Administración. La responsabilidad se extenderá también a los daños debidos a defectos de los proyectos para la conservación y explotación de la obra (Vid artículo 229.5).

En caso de que el concesionario contrate la ejecución de las obras con terceras personas, le corresponde el control de la ejecución de aquellas, debiendo ajustarse al plan que el concesionario elabore y resulte aprobado por el órgano de contratación. El concesionario será responsable ante el órgano de contratación de las consecuencias derivadas de la ejecución o resolución de los contratos que celebre con terceros y responsable asimismo único frente a éstos de las mismas consecuencias (Vid. artículo 238 LCAP y 224 de la LCSP de 2007).

En ambos casos parece regularse una responsabilidad del concesionario por hechos ajenos, bien del proyectista a quien encargó el proyecto de obra, bien de las personas encargadas de la ejecución de las obras (constructor, director de obra o de ejecución, técnicos, etc.).

Finalmente, el artículo 243.e) LCAP contempla un supuesto de responsabilidad extracontractual del concesionario, quien se obliga a indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 97 de esta Ley. Igualmente se regula en el artículo 229.e) de la LCSP de 2007.

4. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El artículo 1 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, reguladora del contrato de seguro (LCS), define éste como *“aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”*.

Y según el artículo 73 de dicha ley *“por el seguro de responsabilidad*

civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”.

URÍA y MENÉNDEZ⁷ enumeran como características del *contrato de seguro de responsabilidad civil* las siguientes:

1) Se garantiza al asegurado frente a la responsabilidad civil extracontractual (por accidente), extracontractual (por el ejercicio de una profesión) o especial por venir impuesta legalmente. La responsabilidad penal y la administrativa no son asegurables, pero sí la responsabilidad civil derivada de un delito.

2) Es un seguro contra el daño patrimonial del asegurado por el nacimiento de una deuda, por daños causados a terceros por culpa del asegurado.

3) Se considera también como un seguro en beneficio de la víctima del daño.

En cuanto a la *delimitación del riesgo* en este contrato de seguro, se excluye la responsabilidad derivada del dolo del asegurado o de hechos ilícitos realizados por éste. Por ello el artículo 19 LCS afirma que “*el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado*”.

Así pues sólo se asegura la responsabilidad nacida de actuaciones accidentales o negligentes del asegurado o de las personas por las que el asegurado debe responder (empleados, colaboradores, subcontratados...). Las mismas pólizas de seguro se encargan siempre de delimitar concretamente el riesgo cubierto, estableciendo diversas exclusiones respecto de los terceros susceptibles de ser perjudicados, en relación con las causas del daño que genera la responsabilidad y con el tiempo durante el cual se mantendrá la garantía del seguro.

El seguro de responsabilidad civil no cubre el riesgo de todos los daños a tercero que pueda causar el asegurado en el desarrollo de todas sus actividades, sino el de los de una actividad concreta: la conducción de vehículos a motor, la caza, el ejercicio de una profesión, etc.

Incluso para poder llevar a cabo determinadas actividades, cuyo ries-

7 URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Lecciones de derecho mercantil*, Thomson reuters, Cizur Menor, 2010.

go se considera elevado o cualificado por las consecuencias que de ellas se puedan derivar, la ley exige en ocasiones que dicho seguro de responsabilidad civil sea obligatorio. En esa línea se expresa el artículo 75 de la LCS: “*Será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen. La Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro. La falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionada administrativamente*”.

Pues bien, las actividades que desempeñan los profesionales objeto de nuestro interés (arquitectos, aparejadores, proyectistas, ingenieros, técnicos...) no se encuentran a fecha de hoy entre aquellas para las que se exige por ley la suscripción de una póliza de seguro de responsabilidad civil obligatorio, previamente al inicio de su ejercicio.

Pero a pesar de ello, resulta muy recomendable para ciertos profesionales suscribir de forma voluntaria este tipo de seguros (jueces, abogados, médicos, arquitecto superior y técnico, ingenieros...) con el fin de trasladar a la Compañía aseguradora los riesgos y la responsabilidad –al menos hasta los límites objetivos asegurados señalados en la póliza– derivada de sus respectivas actividades, y sobre todo en aquellas que puedan dar lugar a indemnizaciones económicas cuantiosas (como es el caso de la actividad de la construcción o edificación).

Por lo que se refiere a la *determinación del momento del siniestro*, URÍA y MENÉNDEZ parten de la afirmación de que el evento dañoso (realización del riesgo) se producirá en el momento mismo en que el asegurado realice la actuación generadora de responsabilidad civil, mientras que el siniestro vendrá, en cambio, determinado por la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima del daño, porque, hasta tanto no se produzca la citada reclamación, no surgirá la obligación del asegurado de reparar el daño causado ni, por consiguiente, entrará en juego la garantía del seguro.

En todo caso, como bien recuerda LACRUZ, la cobertura del seguro de responsabilidad dura mientras se está al corriente del pago de la prima, y comprende los siniestros producidos en el mismo tiempo.

En cuanto al *valor del interés asegurado*, lo más frecuente es que el seguro no cubra responsabilidades derivadas de daños a cosas concretas y determinadas, sino responsabilidades genéricas por daños a tercero, y como en ese caso es difícil conocer anticipadamente el valor de dicho interés ni la futura indemnización económica, el asegurador queda siempre obli-

gado a hacerse cargo de la deuda del asegurado pero sólo hasta el límite máximo de la garantía. Es lo que el artículo 27 LCS llama “*suma asegurada*” y que representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador y por cada siniestro. Sin embargo, no hay inconveniente, si así se pactó entre las partes, en que el asegurador cubra ilimitadamente las responsabilidades del asegurado.

Entre las *obligaciones del asegurado*, figuran dos de índole general:

En primer lugar, queda obligado a pagar el precio del seguro, llamado “prima”. Así según el artículo 14 LCS “*el tomador del seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza. Si se han pactado primas periódicas, la primera de ellas será exigible una vez firmado el contrato. Si en la póliza no se determina ningún lugar para el pago de la prima se entenderá que éste ha de hacerse en el domicilio del tomador del seguro*”.

Asimismo deberá notificar al asegurador la producción del siniestro y demás datos e informaciones sobre el mismo. Al respecto, el artículo 16 LCS dispone que “*el tomador del seguro o el asegurado o el beneficiario deberán comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días de haberlo conocido, salvo que se haya fijado en la póliza un plazo más amplio. En caso de incumplimiento, el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración. Este efecto no se producirá si se prueba que el asegurador ha tenido conocimiento del siniestro por otro medio. El tomador del seguro o el asegurado deberá, además, dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro. En caso de violación de este deber, la pérdida del derecho a la indemnización sólo se producirá en el supuesto de que hubiese concurrido dolo o culpa grave*”.

Por otra parte, asume el asegurado tres obligaciones particulares:

Primero, debe ceder al asegurador la dirección jurídica (letrada) frente a la reclamación judicial o extrajudicial. Como observa LACRUZ BERDEJO, la obligación del asegurador no es simplemente la de indemnizar, sino la de «cubrir el riesgo» de que el asegurado tenga que hacerlo (tenga que pagar el resarcimiento), evento que lleva consigo la asistencia jurídica-letrada de aquel, sin la cual la reclamación judicial de la víctima supondría una pérdida (gastos de defensa en el proceso). En efecto, el artículo 74 de la citada ley dispone que “*salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su*

cuenta los gastos de defensa que se ocasionen". La excepción a esta cesión de la defensa legal se plantea en caso de existir un conflicto de intereses o un problema de desconfianza, lo cual se produce cuando quien reclama (el perjudicado) está también asegurado con el mismo asegurador. Entonces, el asegurador *"comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter de urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza"*.

En segundo lugar, según ordena el citado artículo 74, *"el asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador"*. De hecho, el propio causante del perjuicio o daño es quien suele estar en mejor posición fáctica para proporcionar y/o facilitar los datos, documentos y otras pruebas que ayuden al esclarecimiento de la responsabilidad.

Finalmente, el asegurado debe abstenerse de reconocer en cualquier forma su responsabilidad (URÍA Y MENÉNDEZ).

Y respecto a las obligaciones que incumben al asegurador, la principal se deriva del artículo 18 LCS: *"El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo"*. En la práctica se trata de una indemnización directa al tercero perjudicado.

En el aspecto formal, *"el contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito. El asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional. En las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales no se exija la emisión de la póliza, el asegurador estará obligado a entregar el documento que en ellas se establezca"* (artículo 5 LCS).

La duración del contrato será determinada en la póliza, la cual no podrá fijar un plazo superior a diez años. Sin embargo, podrá establecerse que se prorrogue una o más veces por un período no superior a un año cada vez. Las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de dos meses de anti-

cipación a la conclusión del período del seguro en curso (artículo 22 LCS).

El perjudicado o sus herederos tendrán *acción directa* contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido (artículo 76 LCS). La acción directa prescribe al año por aplicación del artículo 1968.2 del Cc. En todo caso, si la indemnización del seguro no cubriera en su totalidad el daño o perjuicio causado, el resto podrá ser reclamado directamente por el tercero al asegurado causante del siniestro.

Las acciones que se deriven del contrato de seguro *prescribirán* en el término de dos años si se trata de seguro de daños. Será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario (Artículos 23 y 24 LCS).

APDC

Asociación de Profesores de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE
MURCIA

