

El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de *soft law* y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación

Fernando Peña López

Facultad de Derecho
Universidad de A Coruña

*Abstract**

La regulación vigente de la prescripción de las acciones generales de responsabilidad civil extracontractual y por daños derivados del incumplimiento es la original de 1889. Esta normativa no resulta adecuada a las peculiaridades de algunas clases de daños, muy trascendentes en la práctica, y que no existían o que, al menos, eran irrelevantes en el momento de su promulgación. En este trabajo se describen y analizan una serie de modelos en los que se contienen las líneas maestras hacia las que debería dirigirse el Derecho civil común en el momento en que decida acometerse su reforma. Igualmente, y hasta que dicha reforma se produzca, la evolución, a lo largo del siglo XX, del modo de interpretar los statutes of limitations del Derecho estadounidense podría aportar alguna orientación interpretativa de interés en relación con las normas estatales todavía en vigor.

The current regulation on the statute of limitations for liability for the harm suffered for breach of contract is the originally established by the Spanish civil code of 1889. But this regulation does not seem to be the most adequate when considering the characteristics and nature of some types of damages resulting from breach of contract that did not exist or were irrelevant when the Spanish Civil code was adopted. This paper describes and analyzes the regulatory models that should serve as the inspiration to the Spanish legislator when Spanish Civil law in this matter is subject to reform. Additionally, it further argues that the interpretative evolution of the regulation of the statutes of limitations in the different U.S. jurisdictions could provide useful insight for improving the effectiveness of the Spanish regulation currently in force

Title: Extinctive Prescription Rules Applicable to Remedies for Tort and Damages Derived from a Breach of Contract (Dies a Quo and Duration of the Term): Some Comparative Law Models for Reforming and Interpreting the Current Spanish Law

Palabras clave: prescripción, dies a quo, nacimiento de la pretensión, conocimiento del agraviado, plazo de preclusión
Keywords: Prescription, Dies a Quo, Statute of Limitations, Accrual of the Cause of Action, Discovery Rule, Discoverability Principle, Long-Stop

* El presente artículo se enmarca en las actividades de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC).

Sumario

1. Introducción: la diferencia entre las normas reguladoras de la prescripción de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el Derecho español
2. La superación de las deficiencias del sistema del CC de lege ferenda: la solución de los PECL y el DCFR, y la del Código Civil de Cataluña
3. La prescripción en el Derecho de los EE.UU: la relación entre el statute of limitations y la discovery rule
4. Conclusiones: estado actual de la cuestión en el Derecho estatal y posibilidades interpretativas de las normas sobre prescripción a la luz de algunas normas de Derecho comparado
5. Tablas de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Introducción: la diferencia entre las normas reguladoras de la prescripción de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el Derecho español

Una cuestión largamente debatida en la doctrina española que se ocupa de la responsabilidad civil por daños (contractual y extracontractual) es la referente a las diferencias en el modo de computar el plazo de prescripción de las acciones para exigirla. Como es sabido, en el Derecho español, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno cultural inmediato, las reglas sobre prescripción de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual son diversas. Y lo son tanto en la duración del plazo, como en el modo en que se computa el tiempo para la prescripción. En síntesis, y en lo que ahora nos interesa, la interpretación dominante respecto de esta cuestión es la siguiente:

Cuando se trata de la prescripción de una acción de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones nacidas de contrato, salvo norma especial, el plazo comienza a computarse en el momento objetivo en que ésta pudiera ejercitarse por primera vez, esto es, cuando la acción haya nacido –es la llamada “doctrina de la actio nata”– (art. 1.969 del CC)¹. Por consiguiente, si la acción es de resarcimiento de daños derivados del incumplimiento del contrato (arts. 1.101 y ss. del CC), el plazo comenzará a computarse en el momento en que existan todos sus presupuestos o hechos constitutivos: incumplimiento del contrato, daño y relación de causalidad entre uno y otro, dentro de los límites marcados por el art. 1.107 del CC. Ninguna trascendencia tendrá, a estos efectos, que el contratante perjudicado conociese o desconociese alguno o todos los hechos constitutivos de su pretensión². Desde ese momento, si no hay interrupciones de la prescripción, la acción se mantendrá viva durante quince años (art. 1.964 in fine). Este aparentemente prolongado plazo es el que, a buen seguro, ha provocado que pocos o ningún comentario haya suscitado la cuestión de si la existencia del hecho constitutivo: “daño derivado del incumplimiento” exige sólo su simple causación inicial, o si es necesario en algún caso esperar a que el perjuicio haya alcanzado toda su extensión, para que se inicie el cómputo de la prescripción; cuestión que sí ha preocupado y mucho respecto de la acción a la que me refiero a continuación.

La prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad civil derivada de un ilícito extracontractual, salvo norma especial, comienza a computarse “desde que lo supo el agraviado” (art. 1968.2º del CC). El inicio de la prescripción, en relación con estas acciones, por consiguiente, depende del conocimiento subjetivo que haya podido tener el perjudicado de la existencia de los hechos constitutivos de su pretensión. La víctima del daño, por lo tanto, debe conocer la identidad del causante del daño y del daño que éste le ha ocasionado. Para conocer la identidad del causante del daño no siempre será preciso que el perjudicado sepa exactamente quién ha sido el autor de la acción dañosa, sino que bastará con que conozca que el daño se ha ocasionado en la órbita de una

¹ Por todos, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (2007, pp. 129 y 132); ALBALADEJO (2004, p. 44).

² ALBALADEJO (2004, p. 46).

persona o grupo que deba responder del mismo (p.e. basta con que conozca la identidad de la sociedad mercantil para la que prestaba sus servicios la persona cuya actuación ha sido que le ha causado el daño)³. En cuanto al daño, la jurisprudencia ha conformado un sólido cuerpo de doctrina según la cual el conocimiento del mismo que el artículo exige se adquiere cuando se sabe no sólo de su existencia, sino también de su alcance y trascendencia. Ello supone, naturalmente, que cuando no es posible conocer el alcance exacto de los daños en el momento en que éstos se producen, el plazo de prescripción no comenzará a computarse hasta que se “conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido”⁴.

Esta regla tiene especial trascendencia en varios supuestos perfectamente identificados por la doctrina y la jurisprudencia (sobre los que volveré más adelante):

- Los daños corporales: El alcance y trascendencia de este tipo de lesiones no se produce hasta que el perjudicado se recupera completamente de las mismas o se puede determinar su virtualidad invalidante. Este momento coincide normalmente, de acuerdo con la jurisprudencia, con la fecha del alta médica⁵.

- Los daños continuados: Cuando el daño se produce por una actividad continuada, se entiende que éste no se conoce por la víctima hasta el momento en que cesa la actividad dañosa o si, antes de que ésta se detenga, el daño es perfectamente individualizable, definitivo o ha alcanzado su grado máximo (p.e. se ha producido la destrucción de la cosa afectada)⁶.

- Los daños diferidos y los nuevos daños: Dado que éstos no se generan hasta que haya transcurrido un tiempo desde que ha acontecido el hecho que los ha ocasionado, el cómputo de la prescripción en este caso no se iniciará hasta que se manifieste en toda su dimensión, de tal modo que la víctima pueda conocerlos⁷. En cuanto a los nuevos daños, hasta que no se manifiesten tampoco comenzará a correr el plazo de prescripción en relación con los mismos, siempre que éstos no fuesen previsibles cuando se pretendió indemnización por los anteriores⁸.

³ REGLERO CAMPOS (2008, pp. 1236-1238); en contra véase STS, 1ª, 22.3.1971 (Ar. 1302).

⁴ Entre muchas, SSTS, 1ª, 26.5.2004 (RJ 2004/4262; MP: Román García Valera), 22.6.2001 (RJ 2001/5075; MP: José Ramón Vázquez Sandes), 14.6.2001 (RJ 2001/4973; MP: Luís Martínez Calcerrada y Gómez), 10.3.1993 (RJ 1993/1831; MP: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade).

⁵ SSTS, 1ª, 3.10.2006 (RJ 2006/6508; MP: José Almagro Nosete), 29.5.2003 (RJ 2003/3913; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez), 7.4.2003 (RJ 2003/2800; MP: Antonio Gullón Ballesteros), 20.11.2000 (RJ 2000/9310; MP: Francisco Marín Castán), 24.6.2000 (RJ 2000/5304; MP: José Almagro Nosete).

⁶ SSTS, 1ª, 15.10.2008 (RJ 2008/7125; MP José Antonio Seijas Quintana), 29.2.2008 (RJ 2008/4036; MP: Jesús Corbal Fernández), 28.1.2004 (RJ 2004/153; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz), 2.7.2001 (RJ 2001/4983; Román García Varela), 4.7.1998 (RJ 1998/5414; MP: Pedro González Poveda).

⁷ STS, 1ª, 15.9.2001 (RJ 2001/7478; MP: José de Asís Garrote).

⁸ SSTS, 1ª, 30.1.1993 (RJ 1993/355; MP: Francisco Morales Morales), 20.4.1988 (RJ 1988/3267; MP: Juan Latour Brotons).

La doctrina desde antiguo ha valorado positivamente la jurisprudencia que se acaba de exponer, al tiempo que se denunciaba la excesiva cortedad del plazo de prescripción del art. 1.968.2º del CC, considerándola injustificada y explicable solamente como un “residuo histórico”. Un plazo cuyo mantenimiento, además, resulta difícil de explicar cuando se considera lo prolongado del término establecido con carácter general para las acciones personales⁹. Sin perjuicio de que tengan razón los que hayan argumentado de esa forma respecto del plazo de art. 1.968.2º; lo cierto es que, en el ámbito de las acciones de responsabilidad civil por daños, tampoco el plazo general de quince años del art. 1.964 del CC, computado según las indicaciones del 1.969 del CC, parece que sea el más adecuado.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que las precisiones que se acaban de exponer sucintamente, sobre el inicio de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, se han explicado siempre como una consecuencia de que la norma del art. 1.968.2º del CC determine el *dies a quo* del plazo, empleando el criterio subjetivo del conocimiento del agraviado¹⁰. De este modo, parece que ninguna de ellas debe resultar aplicable a la prescripción de la acción de responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de contrato, dado que el art. 1.969 del CC, utiliza exclusivamente el elemento objetivo para fijar el *dies a quo* de su plazo de prescripción. Dejando ahora al margen la cuestión de si esta última afirmación es o no correcta jurídicamente, aceptemos ahora como hipótesis que lo sea, para ver si ello pudiera tener alguna consecuencia trascendente.

En principio, podría pensarse que la inaplicación de los criterios sobre el cómputo de la prescripción en la responsabilidad extracontractual al problema de los daños derivados del incumplimiento de contrato, carece de trascendencia debido a la duración del plazo de prescripción de las acciones personales que no tienen señalado otro plazo particular (art. 1.964 del CC). Dado que el deudor que ha padecido el incumplimiento dañoso tiene quince años para ejercitar su acción ¿qué más da que inicialmente no conozca que el daño corporal que está padeciendo se lo ha causado su contraparte? ¿Qué importa que no sea necesario esperar a que los daños se hayan manifestado en su totalidad? No parece posible que estos extremos no lleguen a su conocimiento en un período tan prolongado.

Sin embargo, las apariencias pueden ser engañosas si se tiene en cuenta que la práctica demuestra que, en muchas ocasiones, si hablamos de daños corporales, un período de quince años puede ser demasiado corto para que se manifiesten al exterior las consecuencias de una actividad lesiva en toda su magnitud. Considérese por ejemplo, el asunto resuelto por la STS, 1ª, 15.9.2001 (RJ 2001/7478; MP: José de Asís Garrote) en el que unas trabajadoras contrajeron silicosis como consecuencia de la

⁹ Por todos, REGLERO CAMPOS (2008, pp. 1213-1214).

¹⁰ Buena muestra de ello, es que REGLERO, el autor que, sin duda, era el máximo especialista en la materia, explica todas las especialidades señaladas acerca del comienzo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual en relación con la cuestión del conocimiento del daño (REGLERO CAMPOS, 2008, pp. 1238-1239).

exposición al polvo de sílex, enfermedad que no se manifestó hasta quince o veinte años después de que abandonaran la empresa. Y lo mismo sucede con el asunto resuelto por la STS, 4ª, 26.1.2010 (RJ 2010/2509; MP: Jesús Gullón Rodríguez) en relación una asbestosis ocasionada por una exposición al amianto acontecida treinta años antes de la presentación de la demanda¹¹. Por lo demás, la repetición en las últimas décadas de casos como el recién mencionado del amianto o el de la talidomida, de dimensiones internacionales, y con la peculiaridad de que todos o parte de los daños se manifestaron muchos años después de que hubiese cesado su causa eficiente, hace más que previsible que volvamos a estar en el futuro en situaciones parecidas como consecuencia de radiaciones o de la exposición a sustancias cuya virtualidad nociva sea hoy difícilmente detectable.

De hecho en los EE.UU., el adecuado encauzamiento de los litigios sobre responsabilidad civil por daños derivados de sustancias tóxicas ya fue calificado en 1988, como uno de los grandes retos a los que debía responder cualquier sistema jurídico –y jurisdiccional¹²–; y el reto no ha hecho sino acrecentarse en los últimos tiempos con la aparición de nuevas posibles fuentes de perjuicios (antenas emisoras de radiaciones, alimentos con ingredientes transgénicos, etc.), cuya hipotética eficiencia nociva todavía no puede ser hoy determinada por las ciencias naturales. Y no sólo la exposición a este tipo de influencias puede dar lugar a daños que no aparecen hasta décadas más tarde. Buena muestra de la posible “cortedad” de un plazo de quince años en otros ámbitos, como el de las violaciones de derechos humanos, es una demanda que se presentó en marzo de 2011 ante un tribunal federal del Distrito de Columbia en EE.UU. En ella se exige una indemnización por los daños causados por un equipo de médicos estadounidenses a un conjunto de ciudadanos guatemaltecos con los que experimentaron a mediados del siglo pasado (los experimentos comenzaron en 1946). Todos estos ciudadanos fueron inoculados con bacilos de la sífilis o de la gonorrea, según los demandantes, con el objetivo de determinar el mejor modo de inoculación de estas enfermedades, para probar la eficacia de la penicilina como mecanismo de prevención de las mismas, y para hacer un seguimiento de los efectos de dichos males en función de la raza de los enfermos¹³.

Los ejemplos expuestos son representativos no sólo del hecho de que el plazo de quince años muchas veces puede resultar corto, sino también de que muchos de estos perjuicios son el resultado de la mala ejecución de una obligación derivada de un contrato. En los ejemplos extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se han mencionado, es evidente el daño se produce bien como consecuencia de la ejecución de un contrato de servicios médicos, o bien por el incumplimiento

¹¹ Entre otras muchas relativas al mismo problema, véase sobre esta cuestión, el completo estudio sobre los daños derivados de la exposición al amianto de AZAGRA MALO (2007, pp. 127–135).

¹² GREEN (1988, p. 2).

¹³ Véase una exposición de las vicisitudes y trascendencia jurídica de este asunto en FACH GÓMEZ (2011, pp. 1 y ss.).

objetivo de la obligación de seguridad del empresario para con sus trabajadores en el marco de un contrato de trabajo¹⁴. Son daños, en definitiva, que sólo se pueden considerar incardinables en el art. 1.902 del CC desde teorías como la de la “unidad de la culpa civil” o la de limitación de la responsabilidad contractual a la “estricta órbita de lo pactado”. Estas teorías están, sin embargo, relacionadas con una interpretación jurisprudencial, tremendamente favorecedora de la posición de las víctimas, que el Tribunal Supremo ha empezado a dejar atrás en los últimos años respecto de otras muchas cuestiones que hace poco parecían intocables¹⁵. Piénsese por un instante en lo que está sucediendo con la “doctrina del riesgo”, con la que se pretendía aproximar la responsabilidad por culpa a la objetiva¹⁶, o con la doctrina sobre la solidaridad impropia¹⁷. No es impensable, por consiguiente, que lo mismo pudiese suceder en el futuro inmediato con las doctrinas sobre las relaciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual a las que me acabo de referir¹⁸.

Sea como fuere, se trata de supuestos en los que curiosamente el plazo del art. 1.968.2º, tachado tantas veces de excesiva e injustificadamente corto, es el que permite que las demandas en las que se reclama el resarcimiento de la tipología de daños a los que se acaba de hacer referencia no sean derrotadas por la prescripción derivada del transcurso del plazo del art. 1.964 del CC. Con ello, no pretendo defender la regulación del art. 1.968.2º del CC, sino poner de manifiesto que la inadecuación de las soluciones legales referentes a la prescripción de las acciones de responsabilidad civil no sólo es predicable de dicho precepto, sino también del modo en que está regulada la prescripción de la acción de responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de contrato. Es más, hasta que se produzca una reforma legal en línea con las que se proponen en los textos a los que a continuación me referiré, podría ser conveniente efectuar una relectura del artículo 1.969 del CC, de acuerdo con su espíritu y finalidad, con la que quizá se pudiese dar una solución a los problemas que plantean, por ejemplo, los daños por exposición a sustancias tóxicas o radiaciones, sin tener que acudir a expedientes consistentes mezclar, difuminar o confundir la responsabilidad extracontractual con la responsabilidad por incumplimiento de contrato, por la vía de la teoría del concurso de normas o de la unidad de la culpa civil¹⁹.

¹⁴ En el caso del contrato de trabajo, además, el art. 59 del ET establece el plazo de prescripción de un año, computado objetivamente desde la extinción del contrato de trabajo (y de la prestación laboral, por lo tanto).

¹⁵ Se incardinan en una interpretación en la que el Tribunal Supremo califica los hechos de la mejor manera posible para que no se produzca la prescripción, cfr., por todos, REGLERO CAMPOS (2010, p. 2232).

¹⁶ XIOL RÍOS (2011, pp. 17-34).

¹⁷ ATAZ LÓPEZ (2011, pp. 229 y ss.).

¹⁸ Una posición en la línea defendida recientemente, por ejemplo, por MORALES MORENO (2010, p. 20).

¹⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO que reconoce en 2011 que todavía el Tribunal Supremo no ha dibujado “una línea definida sobre los límites y las conexiones entre uno y otro tipo de responsabilidad” (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 2).

2. La superación de las deficiencias del sistema del CC de lege ferenda: la solución de los PECL y el DCFR, y la del Código Civil de Cataluña

La diversidad en materia de prescripción de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual que se acaba de poner de manifiesto, ha sido esgrimida tradicionalmente como uno de los puntos esenciales que distinguen al régimen jurídico de una y otra responsabilidades²⁰. Por esta misma razón, los partidarios –entre los que no me encuentro– de unificar o de acercar, en la medida de lo posible, las reglas aplicables a ambos tipos de responsabilidad civil han postulado la unificación del plazo de prescripción en materia de responsabilidad civil. Sin entrar en la compleja cuestión de las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, cuyo análisis excede con mucho el problema del tratamiento unitario de la prescripción de las acciones indemnizatorias – y las pretensiones de este trabajo–, lo cierto es que la unificación de los plazos de prescripción en materia de responsabilidad civil es la tendencia que se ha recogido, dentro de una pretensión unificadora todavía más ambiciosa, tanto en los *Principios Europeos del Derecho de Contratos* (en adelante, PECL), como en el *Proyecto de un Marco Común de Referencia* (en adelante, DCFR)²¹.

En ambos textos se ha optado por un plazo general de prescripción de tres años para todas las acciones tendentes a exigir el cumplimiento de una obligación, cualquiera que sea su naturaleza²². Este plazo general comienza a computarse objetivamente a partir del momento en el que “el obligado deba realizar la prestación o, si se trata de un derecho al resarcimiento de daños y perjuicios, desde el momento en que se produce el acto que da lugar al nacimiento del derecho”²³. Para solventar cualquier tipo de duda en relación con las dos acciones que nos interesan: la de responsabilidad extracontractual y la de responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de contrato, en el DCFR se precisa con nitidez que la expresión: “acto que da lugar al nacimiento del derecho”, debe

²⁰ MARTÍN-CASALS (2011, p. 13); REGLERO CAMPOS (2008, pp. 170–183).

²¹ VON BAR *et al.* (2009).

²² Las razones argüidas en el DCFR al respecto consiste en que los autores del mismo no encuentran ni en la diversa naturaleza de las obligaciones (contractuales, extracontractuales, nacidas del enriquecimiento sin causa o de la gestión de negocios ajenos), ni en las diferencias entre los sujetos que intervienen en las mismas (empresarios, profesionales, etc.) una justificación para el coste en términos de seguridad jurídica y litigiosidad que supone la necesidad de definir el ámbito de cada plazo singular de prescripción que se establezca en el Derecho de obligaciones [DCFR, III-7:201, *Comment a*]. El único período especial de prescripción que se propone es el referente a los derechos declarados en resoluciones judiciales, laudos arbitrales u otros títulos susceptibles de ser ejecutados como las resoluciones judiciales (DCFR, III-7:202). La duración del plazo es idéntica a la establecida en el §.195 BGB.

²³ 14:203 PECL y 7:203 DCFR. El texto es mi traducción del 7:203 (1) DCFR.

entenderse que se refiere al momento en que se produce el incumplimiento (en la responsabilidad por daños contractuales) y al momento en que se causan los daños o lesiones (en relación con la responsabilidad extracontractual). Así pues, los autores del texto han entendido que no es necesario esperar a que los daños se manifiesten por completo y ni siquiera es necesario esperar a que el daño acontezca (*occurs*) para que comience a computarse el plazo de prescripción²⁴.

En efecto, la norma objetiva que establece el inicio del cómputo del plazo de prescripción se interpreta expresamente en relación con las acciones que nos interesan, señalando la irrelevancia de que el daño haya acontecido. El plazo empezará a correr aunque todos o una buena parte de los daños causados por el incumplimiento de la obligación o el acto ilícito extracontractual no aparezcan hasta muchos años después de su causación. Sin embargo, afirman los autores del DCFR, esto “no debe suponer una dificultad para el reclamante”²⁵ de los daños, ya que el transcurso del plazo de prescripción se suspende siempre que el acreedor (i.e. la víctima del daño) “desconozca o no se pueda esperar razonablemente que conozca (a) la identidad del deudor o (b) los hechos que hayan dado lugar al nacimiento del derecho incluido, en el caso de que se trate de un derecho de resarcimiento de daños y perjuicios, el tipo de daño”²⁶. Esta norma supone, por lo tanto, que el plazo de prescripción se suspenderá inicialmente (lo que en la práctica es lo mismo que si no empezase a correr) hasta que el perjudicado por un daño contractual o extracontractual conozca la identidad del deudor y la existencia y alcance de los daños, en términos similares a los que la jurisprudencia española utiliza cuando interpreta el art. 1.968.2º del CC.

Finalmente, las normas relativas a la cuestión que estamos analizando se completan con la contenida en el 14:307 PECL y en el III-7:307 DCFR. Estos dos preceptos regulan el tiempo de duración máximo (*long-stop*) de la prescripción –el también llamado plazo de preclusión, aunque los autores del DCFR subrayan que no se trata de un plazo distinto del de prescripción. Su existencia guarda relación con la regla sobre la suspensión del plazo a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, pero también con otras que regulan la suspensión o la posposición del fin del plazo por otras causas o en otras circunstancias distintas (suspensión por impedimentos más allá del control del acreedor, III-7:303; posposición por negociaciones, III-7:304; posposición por incapacidad o muerte del acreedor, III.7:305 y 306)²⁷. El tiempo de duración máximo supone la fijación de una fecha límite más allá de la cual no se puede impedir que la prescripción produzca sus efectos, por motivo

²⁴ DCFR III-7:203, *comment B. Rights to damages*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ DCFR III-7-301; recogida también en 14:301 PECL. En el BGB la norma es sustancialmente la misma, si bien en éste el cómputo se suspende en caso de desconocimiento del deudor y de los hechos que fundamentan su pretensión, o cuando estos no se hayan conocido por negligencia grave (*grosse Fahrlässigkeit*); en vez a la diligencia razonable o media a la que se alude en los PECL y en el DCFR.

²⁷ Véase sobre esta cuestión DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009, pp. 15-18).

de suspensión o posposición. En lo que ahora nos concierne, implica que aunque el perjudicado desconozca la identidad del responsable o la existencia del daño, su derecho a exigir el resarcimiento de los daños contractuales o extracontractuales terminará cuando finalice el tiempo de duración máximo del plazo general de prescripción. Este tiempo máximo es diverso en función del tipo de daño de que se trate. Si el daño cuyo resarcimiento se pretende es un daño derivado de una lesión corporal (*personal injury*)²⁸ el *long-stop* es de treinta años, mientras que para los demás perjuicios el tiempo se reduce a diez años²⁹. Aunque no se alude expresamente a esta cuestión, lo que sí parece es que, en caso de interrupción del plazo de prescripción (lo cual, en los supuestos que nos interesan, se puede producir sólo por reconocimiento de deuda), el plazo comenzará a computarse de nuevo, incluyendo el tiempo máximo de preclusión³⁰. La mayor duración de la prescripción en relación con los daños derivados de lesiones corporales se debe tanto a que con frecuencia se produce un período de latencia extenso antes de que estos daños se manifiesten (no es extraño que el comentarista se refiera a casos ya señalados *supra*, como los relacionados con la asbestosis), como al valor especial que la integridad física tiene como objeto de tutela jurídica³¹.

La somera exégesis de las reglas que se proponen al respecto de la prescripción en los PECL y en el DCFR, permite apreciar que con las mismas no sólo se conseguirían superar los problemas que la doctrina siempre ha achacado al plazo excesivamente corto del art. 1.968.2º del CC; sino también los que traté de poner de manifiesto al final del epígrafe primero de este trabajo. Al autor de estos proyectos de aproximación, también le ha parecido que un plazo de quince años como el del 1.964 del CC, computado al margen de que se conozca la identidad del responsable o de que se haya manifestado el daño, puede ser demasiado breve cuando se trata de daños personales. Incluso en el DCFR se deja abierta la posibilidad de que el plazo máximo de duración de la prescripción de treinta años se pueda ampliar en casos de ocultación o fraude, por aplicación del principio de buena fe (*the requirements of good faith and fair dealing*)³². Por lo demás, no es preciso salir del Estado español para

²⁸ Según el comentarista, con esta expresión se pretende hacer referencia a: “all injuries to the bodily integrity of a person”, especificando que: “all rights arising from such injury (including, for instance, psychiatric injury and compensation for pain and suffering) are covered by the thirty year period” (III-7:307. *Comments. A. Uniformity or differentiation?*).

²⁹ El BGB reformado en 2002, en el que está claramente inspirada esta regulación, contempla también una duplicidad de plazos de preclusión de 10 y 30 años, estando reservado el segundo para los daños a la vida, el cuerpo la seguridad o la salud (§. 199.2 BGB).

³⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009, pp. 18-19). En contra de lo que sucede, por ejemplo, con el art. 2.232 del *Code Civil* francés en el que expresamente se excluye que el plazo de preclusión pueda verse afectado por la interrupción de la prescripción.

³¹ DCFR III-7:307. *Comments. A. Uniformity or differentiation?*

³² DCFR III-7:307. *Comments. C. Fraus omnia corrumpit (fraud unravels all)?*

encontrar otro modelo de regulación de la prescripción con el que se superarían buena parte de las deficiencias subrayadas en relación con el del CC. Me refiero naturalmente a las normas sobre prescripción del Código Civil de Cataluña, incorporadas al Derecho civil de Cataluña por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código civil de Cataluña, (BOE núm. 32, de 6.2.2003) en la que se han adoptado algunas soluciones similares a las que se han debatido e incorporado a los textos europeos a los que se ha estado aludiendo.

Ciertamente, el legislador catalán no unifica el plazo de prescripción de las pretensiones indemnizatorias que estoy considerando. La pretensión resarcitoria derivada de la responsabilidad extracontractual tiene asignado un plazo de prescripción de tres años (art. 121-21), igual al propuesto con carácter general en los textos europeos analizados; mientras que la pretensión para reclamar una indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento está sujeta al plazo general de prescripción de diez años (art. 121-20). Sin embargo, lo que sí se unifica y consagra como regla general para la determinación del *dies a quo* de cualquier plazo de prescripción es el que los textos europeos denominan *discoverability principle*. El plazo de prescripción comienza a correr cuando la pretensión ha nacido y es ejercitable, siempre que, además, “la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse” (art. 121-24). Asimismo, al igual que hemos visto que sucede en los textos europeos analizados, el Código Civil de Cataluña incorpora una regla que establece un “plazo de preclusión de las pretensiones” de treinta años desde su nacimiento. El “plazo de preclusión”, como en los PECL y en el DFCR constituye un tiempo máximo de duración de las acciones susceptibles de prescripción, concluido el cual se extinguen. Este plazo de preclusión no se puede suspender, pero vuelve a computarse desde el comienzo en los casos de interrupción³³.

3. La prescripción en el Derecho de los EE.UU: la relación entre el statute of limitations y la discovery rule

A diferencia de lo que acontece con el Derecho estatal español en materia de prescripción extintiva, que se ha mantenido inalterado desde la promulgación del Código Civil, el Derecho estadounidense ha evolucionado, desde mediados del siglo pasado en relación con este problema, más que en toda su historia anterior. A mi modo de ver, mientras no se produzca la modificación de las normas sobre prescripción del Código Civil, lo cual no parece que vaya a suceder pronto, la experiencia americana puede tener interés para quien se tenga que enfrentar con las normas de nuestro Derecho estatal vigente. En efecto, con las salvedades que se derivan de las considerables diferencias entre un sistema y otro, existen algunos razonamientos en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales estadounidenses que podrían ser útiles, en alguna ocasión, para interpretar los preceptos que

³³ LAMARCA (2005, p. 284).

regulan la prescripción en el ordenamiento español de un modo adecuado a las peculiaridades de algunos supuestos, y sin necesidad de ir más allá de su espíritu y finalidad.

Como cabría esperar, en el Derecho de los EE.UU., a nivel federal y estatal, a principios del siglo XX, existía una gran diversidad de normas contenidas en leyes (*statutes, acts*) que establecían distintos plazos de prescripción (llamadas *statutes of limitations*). La *Limitations Act* británica de 1623 dio lugar a toda una serie de normas de los distintos estados de la Unión en las que se establecían plazos de prescripción para las distintas acciones del *common law*, incluyendo por supuesto a las acciones por incumplimiento (*breach*) de los distintos contratos y por haber cometido los diversos ilícitos extracontractuales típicos (*torts*)³⁴. La regla más extendida para computar estos plazos de prescripción, y la que se empleaba mayormente en el *tort law*, era la de que el plazo de prescripción comienza el día en que nace la acción para el demandante (*when the cause of action arises*), esto es, cuando se dan todos los presupuestos necesarios para su existencia³⁵. Una regla, en definitiva, similar a la contenida en nuestro artículo 1.969 del CC, que se refiere al primer día en que las acciones pudieron ejercitarse³⁶. Por lo demás, en el Derecho americano, la prescripción no se interrumpe y la suspensión (*equitable toll, equitable stoppel*) todavía en la época del primer *Restatement of Torts* (1939), sólo estaba prevista en relación con los casos de fraude u ocultación de los hechos constitutivos del ilícito por parte del demandado³⁷. En los demás supuestos, una vez existente la *cause of action*, el plazo no dejaba de correr, “aunque el lesionado no conociese o tuviese motivo para conocer el daño”³⁸. Los resultados derivados de la aplicación de las reglas sobre la prescripción en materia de reclamaciones de daños y perjuicios no plantearon mayores problemas hasta que, bien entrado el

³⁴ GREEN (1988, pp. 5-6).

³⁵ BAIN y COLELLA (2004, p. 7).

³⁶ Podría considerarse un contrasentido que, en este trabajo, se defendiese (como así se hace), por un lado, la necesidad de distinguir entre la responsabilidad contractual y la extracontractual; y que, por otro lado, se aluda como modelo para una reinterpretación del Derecho español (como también se hará) a reglas incluidas en el *Restatement (second) of the Law of Torts*. A mi modo de ver, no hay contradicción alguna entre ambas cosas. Lo que se propone como modelo para interpretar progresivamente el 1.969 CC es sólo la forma de razonar de los tribunales estadounidenses ante el problema planteado por la regla de que el plazo de prescripción comienza el día en que nace la acción para el demandante (*when the cause of action arises*). Ciertamente el problema se planteó en el *Tort Law* americano, pero la superación de la misma por la interpretación judicial nada tiene que ver con la idiosincrasia de la responsabilidad extracontractual, sino con la inadecuación de una regla objetiva como la de la *actio nata* para resolver supuestos de daños diferidos o continuados. Este problema, en el Derecho español, sólo se puede producir en sede de responsabilidad contractual, pues en el ámbito extracontractual ya contamos con una *discovery rule* en el art. 1968.2 CC.

³⁷ Véase sobre la diferencia entre *equitable toll* y *equitable estoppel*, y acerca de las causas de suspensión del plazo en el *common law* americano hasta mediados del siglo XX, en BAIN y COLELLA (2004, pp. 8-10).

³⁸ *Restatement of Torts* (1939), §.899.comment e).

siglo XX, empezaron a llegar a los tribunales en cantidades importantes, como sucedería un poco más tarde en España, asuntos relacionados con negligencias médicas (*medical malpractice*), e intoxicaciones por exposición a sustancias tóxicas³⁹. Hasta entonces, los asuntos referentes a daños personales que se resolvían por los órganos jurisdiccionales estadounidenses eran casi en su totalidad casos de “portada de revista”: accidentes de tráfico, accidentes laborales o lesiones derivadas de disparos que no planteaban mayores dificultades en cuanto al conocimiento de los hechos constitutivos de la pretensión (*cause of action*) a sus víctimas⁴⁰.

Sin embargo, en los litigios en los que las lesiones habían sido producidas por una negligencia médica, o por la exposición a la influencia de sustancias tóxicas, los jueces se enfrentaban con frecuencia al problema de que, según el *statute of limitations* aplicable, la acción de los posibles demandantes ya había prescrito antes de que el daño se manifestase, o de que conociesen la identidad de su causante, o de que pudiesen relacionar el daño con la actuación de la que éste se había derivado. De este modo, el plazo de prescripción, en vez de servir para promover una resolución tempestiva de eventuales conflictos, antes de que hubiesen desaparecido las pruebas y se olvidasen los hechos en aras de la seguridad jurídica, se convertía en un obstáculo insalvable e injustificado para el ejercicio de los derechos de las víctimas de los daños personales⁴¹.

Así, el Tribunal Supremo de los EE.UU., por primera vez en el asunto *Urie v. Thompson*⁴² de 1949 declaró la vigencia de una *discovery rule* en relación con el *statute of limitations* de la FELA (*Federal Employers Liability Act*). La sentencia decidía respecto de la reclamación de un empleado de ferrocarril que estuvo expuesto al polvo de sílice durante años a consecuencia de su trabajo en la máquina de propulsión del tren. El trabajador no llegó a conocer que había contraído silicosis hasta que habían transcurrido casi treinta años desde sus primeras exposiciones al polvo de sílice. El Tribunal Supremo, ante la alegación de prescripción de la parte demandada, declaró que cuando el Congreso promulgó la FELA y su *statute of limitations* no podía estar instituyendo una regla jurídica con la que se impidiese presentar una demanda de indemnización por daños antes de que la víctima hubiese siquiera descubierto (*discover*) que los había sufrido. En todo caso, esta sentencia (y esto tiene cierto interés en términos comparatísticos respecto al Derecho español) no fundamenta su decisión – al menos, no exclusivamente– en la presencia de una excepción implícita (*equitable defense*) a la regla tradicional sobre el nacimiento de la acción, como sucederá en la jurisprudencia posterior (que verá, en todo caso, en esta sentencia el germen de dicha *equitable defense* llamada: *discovery rule*). Sea como fuere, lo que es indudable es que la resolución *Urie v. Thompson*, además de hacer referencia a lo

³⁹ GREEN (1988, p. 5); MELOY (1984).

⁴⁰ GREEN (1988, p. 4), denomina *snapshot cases* a este tipo de asuntos sobre daños personales en los que el conocimiento de los hechos que dan lugar a la *cause of action* no es problemática.

⁴¹ NARULA (2010, p. 9).

⁴² *Urie v. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949).

inadmisible que resulta que la acción prescriba antes de que se pueda siquiera conocer el daño, también razona sobre la teoría general del nacimiento de la *cause of action*, afirmando la necesidad de que todos sus presupuestos, incluyendo el daño, deben estar presentes para que ésta, efectivamente, nazca. Para el Tribunal Supremo, el daño derivado de la exposición al polvo de sílice no puede considerarse existente (y por tanto, no hay tampoco nacimiento de la acción –*cause of action accrual*–) hasta que se “manifiestan los efectos acumulados de la sustancia nociva”⁴³.

La afirmación de la existencia de una *discovery rule*, que suspendía o impedía que comenzase a transcurrir un plazo de prescripción, se convirtió, a partir de esta sentencia, en una doctrina que pronto se expandió a los Derechos de los distintos Estados, como un mecanismo para corregir el resultado inequitativo derivado del automatismo de los plazos de prescripción, en relación con asuntos en los que los demandados no tenían una oportunidad razonable de conocer su derecho a ejercitar la acción. Una doctrina, además, a pesar de lo que se ha dicho sobre parte del razonamiento contenido en la sentencia del caso *Urie v. Thompson*, directamente relacionada con el conocimiento subjetivo de la víctima acerca de la presencia de los hechos constitutivos de su pretensión (*cause of action*). En general, podría afirmarse que la versión más extendida de la *discovery rule* determina que el plazo de prescripción no empezará a correr hasta que “el demandante efectivamente conozca, o empleando una diligencia razonable hubiera debido conocer, ciertos hechos fundadores de su pretensión”⁴⁴. La *discovery rule* se aplica principalmente por los tribunales de los distintos Estados en asuntos relacionados con negligencias médicas, responsabilidad por productos y daños por exposición a sustancias tóxicas, pero en algunas jurisdicciones es empleada siempre que el demandante padezca un daño personal que sea difícilmente detectable⁴⁵.

En el *Restatement (second) of the Law of Torts* (1979), ya se recoge la existencia de la *discovery rule*. En este texto, se explica que se trata de una causa de suspensión del plazo del *statute of limitations*, que se ha incorporado a los distintos ordenamientos jurídicos, en ocasiones por medio de leyes estatales y, en otro número importante de Estados, como consecuencia de interpretaciones jurisdiccionales de los *statutes of limitations* existentes, en relación con asuntos relacionados con negligencias médicas y profesionales⁴⁶. En todo caso, los autores del *Restatement* todavía distinguen, por un lado, entre la *discovery rule* y sus consecuencias en relación con ciertos *torts* y, por otro lado, las exigencias que se

⁴³ “No specific day of contact with the substance can be charged with being the date of injury, inasmuch as the injurious consequences of the exposure are the product of a period of time rather than a point of time. Consequently the afflicted employee can be held to be injured only when the accumulated effects of the deleterious substance manifest themselves” *Urie v. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949), at 170; citando un texto de la sentencia: *Associated Indemnity Corp. v. Industrial Accident Commission*, 124 Cal. App. 378, 381.

⁴⁴ MACAYEAL (1996, p. 3).

⁴⁵ NARULA (2010, p. 9), que propone su extensión a las acciones en defensa del derecho a la imagen.

⁴⁶ *Restatement (second) of the Law of Torts*, §.899, comment e).

derivan del requisito general de la existencia de la *cause of action* para que pueda comenzar a computarse el *statute of limitations*. Así, en los *torts* en los que se reclame el resarcimiento por la muerte de una persona, la *cause of action* no existe hasta que se ha producido la muerte, aunque ya haya prescrito previamente, durante su vida, la acción del fallecido para exigir la reparación de las lesiones sufridas. Igualmente, la prescripción no comienza a correr en los supuestos de daños a la integridad física hasta que el daño personal se produce (*occurs*) –no cuando se realiza la acción que lo causa–. Es más, en aquellos supuestos en los que el “demandado ha realizado una actividad que pudiera producir daños de modo permanente, pero este efecto es discutible y no se ha apreciado ningún daño todavía, la prescripción no comienza a computarse hasta que una parte del daño llega a ser apreciable”⁴⁷.

En el mismo año en el que se publicó el segundo *Restatement*, el Tribunal Supremo, en otra sentencia fundamental en la materia, *United States v. Kubrick* de 1979⁴⁸, interpretando esta vez la FTCA (*Federal Torts Claims Act*) precisó lo que debía ser objeto de conocimiento por parte del titular de la pretensión, para que comenzase a correr el plazo de prescripción. En este sentido, el Tribunal Supremo estableció que, a estos efectos, lo relevante era el conocimiento del daño y de la persona que lo había causado (“el demandante debe conocer los hechos críticos de que ha sido lesionado y de quién le ha infligido la lesión”). Sin embargo, a diferencia de lo que había decidió el Tribunal de Distrito, en la sentencia *Kubrick* se declara que el desconocimiento de que la actuación del causante del daño es negligente (*malpractice*) no impide el transcurso del plazo de prescripción.

A partir de esta sentencia, y hasta el momento presente, la *discovery rule* ha seguido extendiéndose y ampliándose tanto en los tribunales federales, como en los sistemas jurídicos de los distintos Estados. Es más, en bastantes ocasiones, tanto en un ámbito como en el otro, es posible apreciar alguna corriente en los tribunales que pretende llevar la *discovery rule* todavía más allá de lo decidido por el Tribunal Supremo en el asunto *Kubrick*. En efecto, en muchas ocasiones los tribunales federales entienden que el plazo de prescripción también se suspende a causa de la ausencia de conocimiento de que el daño se ha debido a una negligencia del causante del mismo⁴⁹. Incluso se ha planteado en la doctrina, en alguna ocasión, la posibilidad de suprimir cualquier tipo de *statute of limitations* para algunos daños, como los que dan lugar a los *toxic torts*, debido a que en esos casos, el plazo de prescripción sirve para conseguir justo lo contrario de los que constituyen sus finalidades prístinas (se afirma que en estos *torts*, la existencia del plazo de prescripción provoca la presentación de reclamaciones antes de tiempo, cuando las pruebas científicas son insuficientes y, por lo tanto, no

⁴⁷ *Ibidem*, comments c) & d).

⁴⁸ *United States v. Kubrick*, 444 U.S. 111 (1979).

⁴⁹ ZAJDEL (2004, pp. 2-8), que recoge esta doctrina progresiva de los tribunales federales que califica como *judicial follie*. Una referencia más general a la evolución de la *discovery rule*, no limitada a los tribunales federales puede verse en NARULA (2010, pp. 9 y ss.)

concluyentes)⁵⁰. Al mismo tiempo, otros sectores doctrinales denuncian que la interpretación de la *discovery rule* como una excepción implícita, apreciada por vía interpretativa en los *statutes of limitations* de las leyes federales, constituye una interpretación incorrecta del Tribunal Supremo; al tiempo que genera inseguridad jurídica y produce efectos negativos en relación con el funcionamiento del sistema judicial americano⁵¹. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que a diferencia de lo que sucede con los sistemas de prescripción de acciones a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior, los *statutes of limitations* afectados por la *discovery rule* no tienen asignado un plazo máximo de duración, al estilo de la *long-stop* que se propone en los PECL y el DCFR, o del plazo de preclusión del Código Civil de Cataluña.

4. Conclusiones: estado actual de la cuestión en el Derecho estatal y posibilidades interpretativas de las normas sobre prescripción a la luz de algunas normas de Derecho comparado

Como se ha podido comprobar en las páginas anteriores, lo que podría calificarse como la presencia de una nueva cultura en materia de reclamaciones de daños y perjuicios en occidente –sobre todo en relación con los daños corporales–, unida a la aparición de nuevos daños masivos –o al menos al surgimiento de la posibilidad de detectar su presencia y su origen–, como los derivados de la exposición a sustancias tóxicas o a radiaciones, ha determinado que las reglas sobre prescripción tradicionales no respondan correctamente a las necesidades del momento. Algunos Estados europeos, como Alemania o Francia (a cuyo Derecho me referiré dentro de un momento), e incluso alguna Comunidad Autónoma de nuestro Estado, han aprovechado reformas trascendentes de sus sistemas jurídicos acontecidas en los últimos tiempos para adecuar sus normas sobre prescripción a las necesidades del momento presente. Estas normas modernas sobre prescripción, recogidas también en los instrumentos más importantes para la aproximación del Derecho europeo de obligaciones y contratos, tienden a unificar o a acercar la duración de los plazos de prescripción de las pretensiones nacidas de la responsabilidad extracontractual y contractual, así como las reglas que determinan el *dies a quo* de dichos plazos de prescripción.

Es de suponer que si en España algún día, por fin, se tomase la decisión de acometer una reforma en profundidad del Código Civil o, cuando menos, del Derecho de obligaciones y contratos, éste sería uno de los puntos que merecerían ser modificados. Cualquiera de las soluciones que se han expuesto en el apartado segundo de este trabajo mejoraría sustancialmente la situación actual del Derecho

⁵⁰ GREEN (1988, pp. 6 y ss.).

⁵¹ Véase, en general, sobre esta cuestión, BAIN y COLELLA (2004, pp. 23–30). La presencia de estas *discovery rules* ha sido considerada en muchas ocasiones como uno de los atractivos del sistema estadounidense respecto del planteamiento de *alien torts* con fundamento en el *Alien Tort Statute*. Estos *torts* constituyen un asunto muy polémico en EE.UU. en cuanto a su conveniencia y coste económico para el país (DURUIGBO, 2004, p. 11).

común español en esta materia. En efecto, todo parece apuntar a que lo más conveniente es que los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual y la de los daños derivados de incumplimiento de un contrato sean semejantes en su duración, y lo mismo podría decirse del establecimiento de su *dies a quo*. Y no, desde mi punto de vista, por el hecho de que la responsabilidad por incumplimiento de contrato y la responsabilidad extracontractual sean normas que regulan una única pretensión; sino más bien por todo lo contrario. En mi opinión, es precisamente la diferencia existente en cuanto al plazo de prescripción uno de los motivos que ha conducido a la inconsistente teoría de la “unidad de la culpa civil” e incluso a la del concurso de normas que fundamentan una única pretensión. El Tribunal Supremo, en una época en la que parecía creer firmemente en que ninguna víctima (o muy pocas) debía quedar sin indemnización, empleó estas teorías para evitar tener que apreciar la prescripción de la pretensión que realmente se estaba ejercitando, o para corregir deficiencias en el planteamiento de la demanda por parte de la defensa letrada de la víctima.

En el Derecho español el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil contractual y extracontractual es distinto (netamente en lo que se refiere, por ejemplo, a la responsabilidad por los hechos de los auxiliares o dependientes, a las normas que deciden sobre la extensión del daño, a la posibilidad de restringir los supuestos que dan lugar a responsabilidad, a la posibilidad de pactos acerca de la propia prescripción, o a las normas que, según el Tribunal Supremo, rigen la solidaridad en uno y otro ámbito), y una y otra generan pretensiones que siguen siendo consideradas diversas en las últimas reformas del Derecho de obligaciones y contratos (piénsese por ejemplo en el diverso tratamiento que merece el crédito extracontractual y el contractual en el art. 92 de la [Ley 22/2007, de 9 de julio, Concursal](#) [BOE núm. 164, de 10.7.2003]). Esta diferencia en el régimen jurídico no es fruto de la casualidad, sino de una estructura jurídica y de unos fines y objetivos distintos para cada una de ellas. Por consiguiente, la distinción entre una y otra pretensión no debería, en ningún caso, ser eliminada de modo voluntarista por problemas relacionados con la duración del plazo de prescripción. De este modo, la unificación o el acercamiento de los plazos de prescripción constituye una buena medida si se considera que cada tipo de responsabilidad debe ser interpretada y aplicada de conformidad con su peculiar estructura, características y finalidades. En todo caso, debe apuntarse algo que, por otra parte, es una obvia consecuencia de la distinta naturaleza de ambas responsabilidades: la unificación de las reglas sobre el plazo de prescripción no supondrá tampoco un régimen jurídico uniforme en esta materia entre ambas responsabilidades; pues, como es natural, en los supuestos de incumplimiento de obligaciones contractuales podrán tener relevancia reglamentadora de la responsabilidad los acuerdos de las partes, o la información contractual acerca de los riesgos inherentes a la actividad prestacional; mientras que tales circunstancias no tienen lugar alguno en el Derecho de daños.

Los plazos de prescripción unificados o aproximados deberían tener, como punto de partida, el propio de una *discovery rule*. No sólo porque en el ámbito de la responsabilidad extracontractual sea el criterio tradicional de nuestro Derecho, sino porque, con independencia de cuál sea el origen de la

conducta dañosa (la ejecución de un contrato o no) los bienes afectados por los daños personales, que sin duda constituyen el objeto de preocupación fundamental en esta materia tienen un valor jurídico especial, desde el que repugna la extinción del derecho de resarcimiento, sin que el perjudicado haya conocido siquiera la lesión⁵². Hemos visto, por otra parte, que en los modelos europeos examinados, estos plazos de prescripción cuyo inicio no se produce (o se suspende) hasta el conocimiento del daño y del eventual responsable del mismo, se complementan con lo que el Código Civil catalán llama un plazo de preclusión. Este plazo máximo de duración de la prescripción, considerablemente más largo en el caso de los daños personales –en cualquiera de los modelos examinados– que cualquiera de los vigentes en el Derecho común español, permitiría eliminar cualquier resabio de duda acerca de si se han respetado las necesidades de seguridad jurídica del sistema⁵³.

Entretanto no se produce la deseable modernización de las normas sobre prescripción de estas acciones en el Código Civil no cabe menos que congratularse de la interpretación flexible que ha realizado el Tribunal Supremo respecto de la normativa vigente en materia de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, en mi opinión, el mismo esfuerzo que se realizó flexibilizando la norma contenida en el art. 1.968.2º del CC, podría aplicarse a la norma que establece el *dies a quo* en materia de responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales. De ese modo, supuestos de daños diferidos o continuados, como la silicosis, la asbestosis o los cánceres derivados de radiaciones mantenidas en el tiempo, en los que las lesiones se consolidan como graves enfermedades veinte o treinta años más tarde de la exposición inicial, podrían ser tratados adecuadamente, si fuese procedente por mediar contrato entre demandante y demandado, aplicando las reglas de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. En este sentido, puede tener interés realizar algunas puntualizaciones basadas en la experiencia americana, expuesta en el apartado anterior.

Sin perjuicio de las evidentes diferencias entre el sistema jurídico-civil español y el estadounidense, existen bastantes puntos de contacto entre la regla tradicional de los *statutes of limitations* de acuerdo con la cual, estos comienzan a transcurrir cuando se dan todos los hechos que constituyen la *cause of action*, y el art. 1.969 del CC. En este artículo, según la interpretación común de la doctrina, se dispone que las pretensiones comienzan a prescribir en el primer momento que pueden ejercitarse, es decir, en cuanto estas existen por haberse producido todos sus hechos constitutivos⁵⁴. Desde luego, es también pacífico en la doctrina española que esta producción de los hechos constitutivos se contempla de modo objetivo, al margen y con independencia de lo que conozca o deba conocer

⁵² Este valor especial de los bienes jurídicos afectados por los daños personales es el que hemos visto que produce plazos de prescripción o de preclusión (según los casos) más largos cuando la reclamación de daños y perjuicios se refiere a los mismos en el §. 199.2 BGB, el 2.226 del *Code Civil*, y en los 14:307 PECL y III-7:307 DCFR.

⁵³ La inseguridad que provoca la *discovery rule* en EE.UU. que no está limitada por un plazo de preclusión, es uno de los defectos que le atribuyen sus detractores (BAIN y COLELLA, 2004, pp. 28-30).

⁵⁴ Véase por todos, DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN (2007, p. 129), ALBALADEJO (2004, p. 44).

empleando la diligencia debida el titular de la pretensión⁵⁵.

Ciertamente, sería ir más allá de lo admisible desde la perspectiva de un intérprete sometido al imperio de la ley en España estimar que el artículo 1.969 del CC tiene incorporada una *discovery rule* relativa, por ejemplo, a los daños personales. Se trata de una interpretación discutible y discutida en EE.UU. y en nuestro Estado no tenemos un *common law* desde el que pudiera entenderse asumida implícitamente por el legislador. Ahora bien, al margen de interpretaciones claramente *contra legem*, como la que se acaba de desechar, existen algunos aspectos de la interpretación progresiva americana de los *statutes of limitations* que no están directamente relacionadas con la existencia de una *discovery rule* entendida en el sentido de “conocimiento del ofendido”. Me refiero a que parte de lo que se han considerado por los tribunales americanos (y también por el Tribunal Supremo español), tras la generalización de las *discovery rules*, elementos conectados con el conocimiento del perjudicado de los hechos constitutivos de su pretensión, no necesariamente tienen que ver con dicho conocimiento. Y ello lo demuestra la propia resolución fundacional de esta corriente en los Estados Unidos: la sentencia *Urie v. Thompson*. En ella, uno de los argumentos que se emplearon por el *Supreme Court* para entender que la acción no había prescrito es que el daño, como uno de los elementos constitutivos de la *cause of action*, no estuvo presente hasta que los “efectos acumulados de la sustancia nociva se manifestaron”⁵⁶.

En efecto, en el artículo 1.969 del CC para que comience a computarse el plazo de prescripción se exige, como hemos expuesto, que ya estén presentes todos los hechos constitutivos de la pretensión que va a ejercitarse. En el caso de la acción de responsabilidad por daños derivados del incumplimiento será preciso, entonces, que una de las partes haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y que de ese incumplimiento de contrato se haya derivado un daño resarcible para la otra parte del negocio. El inicio del plazo, por lo tanto, no se producirá hasta que deba entenderse que se ha producido el daño. La cuestión del inicio del plazo de prescripción de esta acción depende, así, de la interpretación que se le dé al requisito consistente en determinar cuándo se ha producido el daño contractual. En este sentido, la sentencia *Urie v. Thompson*, dictada para resolver un asunto de daños diferidos, derivados de la exposición a una sustancia tóxica, esto es, de daños que se tradujeron en una enfermedad –silicosis– un tiempo considerable después de que se produjese la exposición a la sustancia tóxica (en el marco de un contrato de trabajo), expresamente explícita que el daño no se ha producido hasta que se manifiesta la enfermedad. Y no porque fuese ese el momento en que el agraviado conoció el daño, sino porque el daño, en sí, no se terminó de producir hasta dicho instante. Según esta interpretación, hasta que la enfermedad se hizo diagnosticable como tal, el daño todavía se estaba causando y, por consiguiente, no había comenzado a transcurrir el plazo de prescripción.

Ejemplos de este mismo modo de entender cómo debe concurrir el hecho constitutivo “daño”,

⁵⁵ Véase por todos, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (2007, p. 132 y ss.), ALBALADEJO (2004, p. 46).

⁵⁶ *Urie v. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949), at 170.

podemos encontrarlos en la relación de *dies a quo* de los distintos *statutes of limitations* en el *Restatement (second) of the Law of Torts*. Hemos visto, por ejemplo, que en este texto se distingue entre la acción para reclamar el resarcimiento de un daño derivado de un acto que produce lesiones, que comienza cuando esas lesiones se han generado (en el sentido señalado en el párrafo anterior); y el de la muerte de la misma persona, años más tarde, por causa de las mismas lesiones, que sólo se inicia con el fallecimiento de sujeto. Es también interesante la puntualización que se efectúa en relación con los daños continuados, en los que se especifica que la *cause of action* no existe hasta que “una porción del daño se hace apreciable”, empleando un criterio similar al de la porción individualizable del daño, al que se refiere la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁵⁷. Por lo demás, este es el mismo criterio que, el Código Civil francés, tras la reforma de 2008 en materia de prescripción, sienta para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones para reclamar el resarcimiento de los daños corporales: “la fecha de consolidación del daño inicial o de su agravación” (art. 2.226.1 *Code Civil*).

Si se interpreta desde esta perspectiva el art. 1.969 del CC, en cuanto norma reguladora del *dies a quo* de la acción de responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de un contrato, gran parte de las elaboraciones de la jurisprudencia española en torno al 1.968.2º respecto de los daños continuados o de los daños diferidos, podrían emplearse también al tratar el problema de la prescripción de esta otra acción de responsabilidad civil. En efecto, recuérdese que la jurisprudencia española entiende que, en el caso de los daños continuados, el plazo no comienza a computarse hasta el día en que éstos son perfectamente individualizados, definitivos o no han alcanzado su grado máximo; y los daños diferidos hasta el día en que los perjuicios han alcanzado toda su dimensión⁵⁸. Todas estas características hacen referencia al daño en sí, y no al conocimiento del mismo (que es lo propio de una verdadera *discovery rule*, como la del art. 1.968.2º del CC), y, por lo tanto, hasta que se den, bien puede entenderse que no están presentes todos los hechos constitutivos de la pretensión que se quiere ejercitar (la de indemnización de daños derivados de un incumplimiento). De hecho, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna ocasión –las más de las veces *obiter dicta*– a favor de tener en cuenta, en el sentido indicado, la presencia de daños continuados también en supuestos gobernados por la regla del art. 1.969 del CC. Todavía no es posible encontrar muchas resoluciones en esta dirección a causa de la doctrina jurisprudencial acerca de las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, pero las pocas que hay apuntan en el sentido, desde mi punto de vista, correcto⁵⁹.

⁵⁷ Véase *supra* el apartado 1. de este trabajo.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Véase SSTs, 1ª, 13.3.2007 (RJ 2007/2569; MP: José Almagro Nosete) –arrendamiento de obra–, 14.3.2007 (RJ 2007/1793; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) –responsabilidad de administradores sociales–, 25.2.2010 (RJ 2010/1406; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz) –compraventa de vivienda– y 24.5.2010 (RJ 2010/3714; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) –accidente de trabajo.

En todo caso, debe quedar claro que la posición que defiendo no implica igualar *de lege data* y por vía interpretativa, el *dies a quo* de las acciones sujetas al 1.968.2º y las que quedan bajo la órbita del 1.969 del CC. En las primeras lo único que importa, en lo que ahora nos interesa, es si el perjudicado conocía (o inexcusablemente debía conocer) el daño; mientras que en el marco del art. 1.969 del CC lo relevante es sólo si ya se debe entender producido objetivamente –si ya se ha terminado de causar y existe– el daño cuyo resarcimiento se pretende. Esta importante diferencia supone que, en el primer caso, el daño difuso constituido por una enfermedad invalidante sólo determinará el inicio del plazo de prescripción cuando esa enfermedad se de a conocer al perjudicado, mientras que en el segundo caso el plazo comenzará cuando objetivamente se padezca (lo sepa o no el enfermo). Aplicando esta diferencia al problema de los daños continuados, la diferencia entre aplicar el 1.968.2º y el 1.969 del CC consistirá, obviamente, en que las acciones sujetas al primer artículo comenzarán a prescribir cuando la víctima conozca que una parte individualizada o definitiva del daño ya se le ha infligido a su persona o bienes, o cuando sepa de la existencia de un daño que ha alcanzado su máxima extensión. Sin embargo, el art. 1.969 del CC determina que la prescripción comience cuando esos hechos se han producido objetivamente, al margen del conocimiento de la parte contractual perjudicada.

En cuanto al criterio del alta médica, que la jurisprudencia suele emplear para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de los daños personales de carácter extracontractual, a mi modo de ver, también podría ser aplicado en bastantes supuestos a la acción de responsabilidad derivada de contrato. La razón de ello radica en que el alta médica no es sólo el momento en que el facultativo informa a la víctima (y, por tanto, ésta conoce) el alcance de los daños producidos; sino porque también determina la fecha en la que, en muchas ocasiones, los daños derivados del accidente terminan de producirse. En concreto, los daños económicos que son consecuencia de la incapacidad temporal de realizar las actividades cotidianas normalmente dejan de producirse en ese mismo momento. Hasta entonces, esos perjuicios estaban todavía generándose como consecuencia del curso causal iniciado con el incumplimiento obligacional del que se derivan (en los asuntos sujetos a las reglas de responsabilidad por incumplimiento).

No se me oculta que este modo de interpretar el art. 1.969 del CC es discutible. También podría afirmarse, si se quisiese sostener la hipótesis contraria, que todos los daños que se causan como consecuencia de un incumplimiento contractual ya existen, en acto o en potencia, en el momento en que se produce el evento dañoso, aunque muchos de ellos no se puedan detectar o predecir en ese momento. Lo que propongo, mientras no se produce una deseable reforma de las normas comunes sobre prescripción, es sólo una interpretación distinta del art. 1.969 del CC, admisible desde su tenor literal⁶⁰, y acorde con el especial valor que tienen ciertos bienes jurídicos, como la integridad física o

⁶⁰ La viabilidad de la interpretación la pone de manifiesto el hecho de que el propio autor de los comentarios del DCFR se siente obligado a dar una justificación de la opción del artículo III-7:203, en el que se establece que el *dies a quo* del plazo de prescripción es la fecha causación del daño o el incumplimiento, y no el momento en el que el daño se consolida o individualiza; DCFR III-7:203, *comment B. Rights to damages*.

la vida, en nuestro ordenamiento.

Con una interpretación como la propuesta, alguien que haya sufrido daños personales como consecuencia de un incumplimiento contractual (de una obligación de seguridad, principalmente, derivada de un contrato de servicios médicos, de instalación y mantenimiento de antenas, sistemas de ventilación, de transporte, etc.), no necesitará acudir a calificar el supuesto como extracontractual para poder demandar a su contraparte, veinte o veinticinco años más tarde, cuando se ha manifestado en toda su entidad la enfermedad derivada del incumplimiento. Una interpretación, en definitiva, que favorece que el problema jurídico que plantea el daño personal de carácter contractual se pueda calificar y resolver con la aplicación de las reglas jurídicas que corresponden: las de la responsabilidad derivada del incumplimiento de contrato.

5. Tablas de jurisprudencia citada

Tabla de jurisprudencia española

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª 20.4.1988	RJ 1988/3267	Juan Latour Brotons	<i>María del Rosario M. B. c. don Hermenegildo S. A., Aliotrán Sociedad Cooperativa Limitada y la Mutualidad de Transportistas de Asturias</i>
STS, 1ª 30.1.1993	RJ 1993/355	Francisco Morales Morales	<i>INSS c. D. José María R.S-C.</i>
STS, 1ª 10.3.1993	RJ 1993/1831	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	<i>Julián M.M. c. "Ferrocarriles Vascos SA"</i>
STS, 1ª, 4.7.1998	RJ 1998/5414	Pedro González Poveda	<i>Florentino L. V. y doña María Cruz F. R. c. Comunidad Autónoma de Castilla y León, don Juan Carlos G. S. y doña María Luz G. G. y la "Caja de Seguros Reunidos, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA" -"Caser"</i>
STS, 1ª, 24.6.2000	RJ 2000/5304	José Almagro Nosete	<i>Sergio G. B. c. don José G. G., don Antonio R. B., don Constantino L. D., don Mario A. A. y la entidad "Minera Peñarrosas, SA"</i>
STS, 1ª, 20.11.2000	RJ 2000/9310	Francisco Marín Castán	<i>Juan Luis L. C., y Servicio Andaluz de Salud (SAS) c. María Isabel C.D.</i>
STS, 1ª, 14.6.2001	RJ 2001/4973	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	<i>María Lucía V.V. c. "San Antonio, SAT" y "Cooperativa Coexma".</i>
STS, 1ª, 22.6.2001	RJ 2001/5075	José Ramón Vázquez Sandes	<i>Gregorio G.N. c. Pedro R.G.</i>
STS, 1ª, 2.7.2001	RJ 2001/4983	Román García Varela	<i>Gregorio D. M. c. doña Sandra M. H.,</i>

STS, 1ª, 15.9.2001	RJ 2001/7478	José de Asís Garrote	"Persan, SA" c. doña María Josefa A. N., doña María del Carmen C. F., doña Dolores M. S. y doña Encarnación M. L.
STS, 1ª, 7.4.2003	RJ 2003/2800	Antonio Gullón Ballesteros	"Necso Entrecanales Cubiertas, SA" (sucesora de Entrecanales y Tavora, SA) c. don Rafael Diego S. D.
STS, 1ª, 29.5.2003	RJ 2003/3913	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	"Berge y Cía. SA" y Don Juan María c. D Juan Miguel
STS, 1ª, 28.12.2004	RJ 2004/153	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Derivados del Flúor, SA" c. D. Carlos Manuel y D. Federico
STS, 1ª, 26.5.2004	RJ 2004/4262	Román García Varela	"Ángel Ruiz Gil, SL" c. doña Aurora
STS, 1ª, 3.10.2006	RJ 2006/6508	José Almagro Nosete	"Mandis, SL" c. D. Guillermo
STS 1ª, 13.3.2007	RJ 2007/2569	José Almagro Nosete	Caja de Ahorros de Vitoria y Álava c. D. Romeo et. al.
STS, 1ª, 14.3.2007	RJ 2007/1793	Juan Antonio Xiol Ríos	Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Santander c. A. Pérez y Cía et. al.
STS, 1ª, 29.2.2008	RJ 2008/4036	Jesús Corbal Fernández	D. Ernesto y D. Casimiro c. D. Manuel
STS, 1ª, 15.10.2008	RJ 2008/7125	José Antonio Seijas Quintana	D. Carlos Miguel, Don Cosme y Doña María Angeles c. Baxter S.A (Baxter Healthcare Corporación)
STS, 4ª, 26.1.2010	RJ 2010/2509	Jesús Gullón Rodríguez	Dª Lorena c. "Ercros Industrial, S.A."
STS, 1ª, 25.2.2010	RJ 2010/1406	Xavier O'Callaghan Muñoz	Dña. María et. al. c. Ayuntamiento de Cervera del Río Alhama
STS, 1ª, 24.5.2010	RJ 2010/3714	Juan Antonio Xiol Ríos	D. Miguel Ángel c. D. Edemiro y Mantillos Felipe Aguado, S.L.

Tabla de jurisprudencia estadounidense

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
<i>Urie v. Thompson</i>	337 U.S. 163 (1949)
<i>Associated Indemnity Corp. v. Industrial Accident Commission</i>	124 Cal. App. 378, 381
<i>United States v. Kubrick</i>	444 U.S. 111 (1979)

6. Bibliografía

Manuel ALBALADEJO GARCÍA (2004), *La prescripción extintiva*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

Joaquín ATAZ LÓPEZ (2011), “La solidaridad pasiva nacida de la responsabilidad civil: ¿A quién hay que demandar?”, en Mariano HERRADOR GUARDIA (Coord.), *Derecho de daños*, Sepín, Madrid, pp. 229-284.

Albert AZAGRA MALO (2007), *La tragedia del amianto y el Derecho español*, Atelier, Barcelona.

Adam BAIN y Ugo COLELLA (2004), “The United States Supreme Court and Federal Law: Interpreting Federal Statutes of Limitations”, *37 Creighton Law Review*, 493.

Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (2007), *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Cívitas, Madrid.

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (2011), “El ejercicio ante los Tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras”, *Actas de las Jornadas 2011*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, (<http://www.derechocivil.net/esp/ponencias.php>).

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO y Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009), “La prescripción en los PECL y en el DCFR”, *InDret 3/2009* (www.indret.com).

Emeka DURUIGBO (2004), “The Economic Cost of Alien Tort Litigation: A Response to Awakening Monster: The Alien Tort Statute of 1789”, *14 Minnesota Journal of Global Trade*, 1.

Katia FACH GÓMEZ (2011), “Ventajas del *Project Based Learning* (PBL) como método de aprendizaje en la Facultad de Derecho: el caso de la inoculación masiva de sífilis en Guatemala”, SSRN (http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1127096).

Michael GREEN (1988), “The Paradox of Statutes of Limitations in Toxic Substances Litigation”, *76 California Law Review*, 965.

Albert LAMARCA I MARQUÉS (2005), “Comentari art. 121-20”, en Antoni VAQUER ALOY y Albert LAMARCA I MARQUÉS (Edits.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció y la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, pp. 221-243.

James R. MACAYEAL (1996), "The Discovery Rule and the Continuing Violation Doctrine as Exceptions to the Statute of Limitations for Civil Environmental Penalty Claims", *15 Virginia Environmental Law Journal*, 589.

Miquel MARTÍN-CASALS (2011), "La modernización del Derecho de la responsabilidad civil extracontractual", *Actas de las Jornadas 2011*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, (<http://www.derechocivil.net/esp/ponencias.php>).

Nancy F. MELOY (1984), "Statutes of Limitations in Product Liability Actions", *69 Iowa Law Review*, 1127.

Antonio MORALES MORENO (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cívitas Thomson-Reuters, Cizur Menor.

Ritu NARULA (2010), "Wait, I Didn't Even Know My Picture Was Taken!: Application of the Discovery Rule to a Right of Publicity Claim", *53 Howard Law Journal*, 859.

Luis Fernando REGLERO CAMPOS (2008), "VIII. La prescripción de la acción de reclamación de daños", en Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1207-1345.

--- (2010), "Comentario del art. 1.968 del CC", en Rodrifo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 2230-2235.

Christian VON BAR *et al.* (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR) Full Edition (6 Vols.)*, Sellier, Munich.

Juan Antonio XIOL RIOS (2011), "Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños", en Mariano HERRADOR GUARDIA (Coord.), *Derecho de daños*, Sepín, Madrid, pp. 25-110.

Cory ZAJDEL (2004), "Discovery Rule in Medical Malpractice under the Federal Torts Claim Act: The Supreme Court's Decisions in *United States v. Kubrick* was Not Meant to be Secondary Authority", *20 Journal of Contemporary Health Law & Policy*, 443.