

InDret

La salud del derecho de daños en España

Fernando Gómez Pomar
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n°: 136
Barcelona, abril de 2003
www.indret.com

Recensión a *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, 1552 págs.

El Derecho de daños goza de buena salud entre nosotros. En realidad, de la mejor salud de nuestra historia, y el *Tratado de Responsabilidad Civil* coordinado por el Prof. Reglero es una excelente confirmación de este estado. Hasta hace bien pocos años, y pese a meritorios y aislados esfuerzos de distintos ilustres civilistas, el Derecho de daños ocupaba una posición menos que secundaria en el mundo de los intereses de los juristas de Derecho privado y, desde luego, en la formación de la inmensa mayoría de los licenciados en Derecho de las Universidades españolas. Vivía un profundo letargo académico a pesar de los periódicos aguijonazos de algunos estudiosos devotos de la materia. Y con toda la relevancia social y la repercusión jurisprudencial de los problemas que rodean los accidentes y los daños, su rango como espacio del Derecho privado era de notoria subordinación en comparación con otros.

En los últimos años, la situación ha cambiado de forma ostensible¹. Por dar algunas indicaciones tan sólo: desde mediados de los años noventa proliferan los manuales dedicados al Derecho de daños², el número de monografías dedicadas a cuestiones de Derecho de daños crece exponencialmente, nacen revistas dedicadas en exclusiva –o casi- a la materia, y la implantación docente de cursos de Derecho de daños aumenta y se consolida firmemente en los planes de estudio de las Facultades de Derecho. También fuera del ámbito estricto del Derecho civil, donde se había guarecido la dedicación intelectual al Derecho de daños durante decenios, el interés y la relevancia de las cuestiones relativas a los daños, su reparación y prevención conocen una expansión sin precedentes.

El *Tratado de Responsabilidad Civil*, obra colectiva resultado del esfuerzo de un grupo de jóvenes Catedráticos y Profesores Titulares (todos ellos de Derecho civil, y todos ellos con larga y valiosa experiencia en el tratamiento de diversas cuestiones del Derecho de daños) coordinado por el Prof. Reglero, supone sin duda una de las mejores y más completas muestras de esta notable transformación en la situación del Derecho de daños en España. Revela, en otras palabras, la solidez de lo alcanzado en los últimos años en este ámbito del análisis del sistema jurídico.

Esta buena salud, sin embargo, no protege del todo frente a los riesgos de estancamiento, ni garantiza por entero una rápida y eficaz capacidad de respuesta a los desafíos que los sistemas jurídicos afrontan, y deberán afrontar, en lo que se refiere a los accidentes y los daños. Hay varios factores, institucionales e intelectuales, que llevan a pensar que la salud del Derecho de daños en España no nos pone completamente a salvo de reveses y traspíes en el futuro. Muchos de estos factores merecen ser mencionados y analizados en relación con el *Tratado de Responsabilidad Civil*,

¹ Entiéndaseme bien, no me cabe duda que los frutos recogidos a partir de la segunda mitad de los años 90 proceden en buena medida de lo que fue sembrado en la segunda mitad de los 80 y primeros años 90. Lo que me interesa resaltar no es tanto la génesis del cambio cuanto lo distinto de la situación presente.

² Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Cívitas (1999); Encarna Roca, *Derecho de daños*, 3ª ed., Tirant lo Blanc (2002); L. Fernando Reglero (coordinador), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi (2002).

porque hay trazas y retazos de alguno de ellos en sus páginas. A esos factores dedicaré, pues, las primeras páginas de esta recensión, para después presentar los elementos estructurales esenciales de la obra coordinada por el Prof. Reglero.

1. Algunos factores de riesgo para el Derecho de daños en España

Nadie puede dudar, y el extenso y completo tratamiento que al efecto se contiene en el Tratado viene a dar cuenta de ello, que el Derecho de daños es, antes que nada, Derecho jurisprudencial. Y no por casualidad lo es igualmente en todos los sistemas jurídicos. No sólo en los de tradición de Derecho judicial, sino también en aquellos que optan habitualmente por dar peso primordial al Derecho legislado en el tratamiento jurídico de la realidad en otras ramas del Derecho privado. Tal vez por esta falta de costumbre, en España (y en otros países europeos) existe el riesgo de caer en una doble tentación.

De un lado, quedarse en el tratamiento periodístico o reporteril del Derecho de daños, esto es, en la pura descripción anecdótica de los hechos correspondientes a los distintos casos y tipos de casos, así como de las decisiones alcanzadas por los múltiples órganos judiciales que se ocupan de ellos. De otro, enfrentarse al Derecho de daños jurisprudencial con los mismos modos y maneras con los que uno se enfrenta habitualmente al Derecho legislado, esto es, con el enfoque conceptualista-descriptivo (o dogmático-positivista, si se quiere) prevalente en otros sectores del Derecho privado.

1.1. El antiempirismo

La comprensión de un sector del sistema jurídico esencialmente judicial requiere una permanente atención a la realidad³, a los aspectos fácticos que subyacen a los distintos sectores de actividad generadora de daños, a las circunstancias de hecho de los casos individuales, a los componentes observables y mensurables de las respuestas judiciales, y a la magnitud real de las variables relevantes que están en juego en los distintos sectores del Derecho de daños. No es tolerable (aunque sea así, por desgracia), que sólo las compañías de seguros y algunos funcionarios públicos se interesen y conozcan los datos sobre el funcionamiento real del Derecho de daños en España⁴. No se puede describir un sistema, ni tampoco mejorarlo o reformarlo, sin conocer los datos reales acerca de cómo funciona. Esta falta de inclinación empírica, muy común en todos los

³ No sólo en ellos, claro. Pero en los fuertemente regulados por Derecho legal o reglamentario el jurista puede tal vez deferir en cierta medida, sin incurrir en grave negligencia, una parte de los aspectos empíricos a las Administraciones creadoras mediatas o inmediatas de las normas.

⁴ Puedo relatar la anécdota, porque el mérito de la iniciativa no es mío: a instancias del *Institute for Civil Justice* de la *Rand Corporation* (un *think-tank* norteamericano), que está realizando un estudio sobre sistemas de compensación a víctimas de delitos (de terrorismo y otros), he solicitado los datos de número de casos, plazo de resolución de expedientes, tipo de lesiones, porcentaje de éxito de las solicitudes, cantidades globales y medias concedidas y otras variables de interés, a los Ministerios de Justicia y Hacienda. Telefónicamente me han confirmado los responsables de los órganos administrativos correspondientes que nunca habían recibido una consulta semejante.

juristas, es particularmente de lamentar, a mi juicio, en el ámbito del Derecho de daños. Y lo es más cuando en otros países la cantidad y la calidad de la información empírica sobre el Derecho de daños, y la cantidad y relevancia de los análisis que utilizan con provecho tales informaciones, no hace sino crecer de modo espectacular. En la reciente bibliografía española en la materia, ya bastante nutrida, faltan, por el contrario, indicaciones abundantes⁵ de un cambio de orientación en una línea de mayor preocupación empírica. En este sentido, el *Tratado de Responsabilidad Civil*, que está en condiciones de ejercer un notable influjo en el rumbo inmediato del tratamiento académico de este sector, es fiel reflejo de la actitud predominante en el panorama actual de los juristas españoles que se ocupan del Derecho de daños, la ya señalada de distanciamiento frente los datos reales acerca del funcionamiento global o sectorial del mismo⁶.

1.2. El diseño de herramientas teóricas para crear y aplicar reglas de Derecho de daños

Pero el empirismo no basta. La preocupación por el funcionamiento real de la responsabilidad civil, para poder guiar la política jurídica en la materia, precisa de encuadramiento en una armazón analítica coherente. No basta el interés por los datos y por las circunstancias de hecho, hay que poder saber qué datos y qué circunstancias de hecho son relevante, y para ello es preciso un conjunto de herramientas teóricas. El contenido de la caja de herramientas, sin embargo, ha de adaptarse al ámbito en el que se va utilizar, en este caso un ámbito de Derecho judicial. Las herramientas diseñadas para el Derecho legislado valen de poco aquí: la averiguación de la voluntad del legislador ¿de qué sirve? ; la historia de los preceptos, los conceptos dogmáticos inmutables ¿para qué valen en un contexto como el de los accidentes? Este utillaje tal vez (aunque yo tampoco lo creo, dicho sea de paso) pueda valer para ofrecer una explicación sistemática de un extenso y elaborado conjunto de normas escritas, muchas de ellas, acaso, de origen histórico remoto. Pero en el Derecho de daños el escenario es bien distinto. De lo que se trata aquí es de perfilar y aplicar unas pocas reglas y principios con un alto grado de vaguedad y generalidad (negligencia, responsabilidad sin culpa, reparación integral del daño, por ejemplo) en diferentes sectores de daños en la vida social. A estos efectos, lo que se necesita no es la importación, acompañada nada más de la lógica elemental y del razonamiento analógico, de un catálogo de conceptos tenidos por imperecederos y acuñados en otros sectores del sistema jurídico –que es la aproximación jurídica tradicional-. Lo que hace falta es un conjunto de instrumentos que permitan entender la naturaleza y el alcance de las consecuencias que previsiblemente resultarán de las distintas opciones que los Tribunales tienen delante de sí al decidir sobre un caso.

⁵ Excepciones a la regla son las obras de dos jóvenes profesores, Jesús Pintos, *Baremos, seguros y derecho de daños*, Cívitas (2000) y Joan Carles Seuba, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y la hepatitis*, Cívitas (2002), en las que la preocupación por la realidad de los hechos en dos sectores distintos del Derecho español de daños constituye uno de los presupuestos e impulsos esenciales de la investigación.

⁶ Por ejemplo, no aparece referencia alguna al mejor, más completo y más asequible compendio de información sobre la realidad empírica del Derecho de daños, que es el libro de Don Dewees, David Duff y Michael Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously*, Oxford University Press (1996).

En cuanto a puntos de partida del entendimiento del Derecho de daños, entre nosotros predomina hoy el agnosticismo y, en menor medida, el eclecticismo. Parece imponerse la idea de que el Derecho de daños puede analizarse sin presupuestos ni opciones metodológicas explícitas, que las funciones u objetivos que persigue o debe perseguir el sistema jurídico en relación con los accidentes y los daños no afectan en realidad ni al análisis positivo ni al de política jurídica. Ha habido en España en los últimos años una cierta atracción en algunos sectores (el nucleado en torno a InDret, prioritariamente) por aproximaciones económicas y consecuencialistas al Derecho de daños, de origen innegablemente norteamericano; ha habido muy escasa receptividad, ni siquiera nominal, a enfoques, también de procedencia norteamericana, de tipo moralista (la justicia distributiva como principio organizador del Derecho de daños); el impacto más acentuado, aunque aún así episódico, salvo en algunos casos de nota, ha sido el de la dogmática alemana del *Deliktsrecht*, con su sabor antirrealista y anticonsecuencialista, pero también marcadamente antimoralista.

Junto a alguna referencia, suavemente crítica, al análisis económico de la responsabilidad civil, en el *Tratado de Responsabilidad Civil* hallamos ciertos ecos de la influencia alemana, sobre todo en algunos de los capítulos de la parte especial. En conjunto, sin embargo, la obra refleja fielmente la posición agnóstica, mayoritaria en España, en cuanto al enfoque teórico deseable en materia de Derecho de daños⁷. Reconozco que puede haber razones de prudencia (e incluso de coherencia entre los distintos autores, al tratarse de una obra colectiva) que aconsejen una actitud contenida en materia metodológica. Pero la verdad es que albergo ciertas dudas acerca de la aptitud del análisis jurídico académico sobre el Derecho de daños, caso de continuar mayoritariamente instalado en el actual agnosticismo metodológico, para ofrecer, de forma significativa, instrumentos útiles a los Tribunales y demás operadores jurídicos de cara a la definición y aplicación de reglas en la materia. El riesgo de ir a remolque de soluciones jurisprudenciales y políticas públicas determinadas, ambas demasiado condicionadas por la inmediatez, es muy elevado. El comparatismo que parece ganar adeptos entre nosotros también en el Derecho de daños, si bien globalmente positivo, será más bien un paliativo y no sustitutivo perfecto de las apuestas de enfoque más arriesgadas, pero también rigurosas (y estimulantes).

1.3. La complejidad jurisdiccional y disciplinar y sus consecuencias

Está ya bastante extendida (aunque no por ello es menos cierta y oportuna) la denuncia de la artificial y perniciosa multiplicidad de jurisdicciones y de regulaciones sustantivas arbitraria y buscadamente diferentes que caracteriza al Derecho español de daños⁸. Tal fragmentación jurisdiccional y normativa, además de causar serios problemas de orientación a los demandantes de reparación de los daños sufridos, y de derivar en exceso el interés de nuestros tribunales hacia cuestiones de escaso alcance general, como son las de jurisdicción competente, tiene otro efecto

⁷ Esta posición no es exclusiva de los juristas españoles. También en Francia o Italia parece dominar el agnosticismo a estos efectos.

⁸ Véase, entre otros, Pablo Salvador, Sonia Ramos, Álvaro Luna, Juan Antonio Ruiz, "El derecho de daños hoy: características diferenciales", *Global Jurist*, Bepress (2003).

colateral tal vez de mayor calado a largo plazo. Ha provocado (o acaso simplemente acentuado) una inquietante incomunicación entre los enfoques disciplinares más estrechamente relacionados con las respectivas jurisdicciones y regulaciones.

Así, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se asume con naturalidad por los administrativistas españoles como tarea y espacio reservado a los iuspublicistas, próximo a los restantes ámbitos del Derecho administrativo y sólo lejanamente conectado con otros sectores de accidentes y daños. Esto podrá no estar del todo desprovisto de razón por lo que toca a ciertas constelaciones de casos de responsabilidad patrimonial, como los de regulación expropiatoria o cuasi-expropiatoria⁹, pero es radicalmente falso en relación con la mayoría de los casos que inundan los tribunales contencioso-administrativos: nada hay más parecido a un accidente en un centro escolar público que un accidente en uno privado; o la responsabilidad que se deriva de los daños producidos por un policía que dispara su arma es muy semejante a la que deriva de los causados por un vigilante de seguridad privado que hace lo mismo. El enfoque teórico para entender y resolver las dos clases de casos debiera, al menos presuntamente, ser el mismo.

Y otro tanto ocurre con los accidentes de trabajo y los especialistas de Derecho del trabajo: la diferencia jurisdiccional existente y la diferencia (parcial, probablemente) de régimen normativo hacen olvidar que se está ante uno de los sectores fundamentales del Derecho de daños, con muchas cosas (aunque no todas) en común con los demás (automóviles, producto, etc.), y en cambio conducen a hacer pensar a los laboristas (y a no pocos civilistas también) que éste de los accidentes no es sino un aspecto más dentro de la relación de trabajo entre empresarios y trabajadores y del régimen protector de la seguridad social.

Aunque tan sólo fuera por puro interés gremial, está claro que son los civilistas los llamados a abanderar la unidad del Derecho de daños y remediar este lamentable estado de fragmentación. El *Tratado de Responsabilidad Civil* supone un importante esfuerzo de integración de todos los sectores del Derecho de daños bajo un tratamiento unitario. La inclusión de extensos capítulos sobre responsabilidad civil en el proceso penal, sobre accidentes de trabajo y sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es prueba palmaria de esta voluntad.

La integración bajo un enfoque común que ofrece el *Tratado de Responsabilidad Civil*, aunque apreciable, no consigue ser completa. La parte general, que cubre casi la mitad de la extensa obra, sigue siendo sustancialmente una parte general de los sectores tradicionalmente “civiles” del Derecho de daños y, por esto mismo, su capacidad de incidir sobre esos sectores pretendidamente diferenciados se ve apreciablemente mermada. No son objeto de atención

⁹ Por ejemplo, los casos resueltos por la sala 3ª en materia de liberalización de servicios funerarios: STS 14.2.2002 (Ar. 1678); STS 14.3.2002 (Ar. 3004); STS 3.4.2002 (Ar. 3601); STS 4.4.2002 (Ar. 3349); STS 11.4.2002 (Ar. 3464); STS 12.4.2002 (Ar. 3466); STS 13.4.2002 (Ar. 3957); STS 18.4.2002 (Ar. 3423); STS 20.4.2002 (Ar. 4424); STS 27.4.2002 (Ar. 4255); STS 7.5.2002 (Ar. 4425). Igualmente, las que resuelven las reclamaciones de los agentes de aduanas: STS 15.10.2001 (Ar. 10085); STS 1.7.1999 (Ar. 6711); STS 15.7.1999 (Ar. 7153); STS 15.7.1999 (Ar. 7479); STS 17.7.1999 (Ar. 6547); STS 24.7.1999 (Ar. 6554).

detallada en la parte general cuestiones básicas muy relevantes para los accidentes de trabajo o la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: *collateral source rule* (en cuyo breve tratamiento general se omite sustancialmente la posición, discrepante de la de la sala civil, de las salas laboral y contencioso-administrativa del Tribunal Supremo), las actuaciones administrativas con poder público frente a las materialmente privadas, la imputación objetiva en la omisión y el alcance de los deberes de precaución y protección de quien puede estar en posición de garante, etc. Algunas de estas cuestiones sí son abordadas en los capítulos específicos sobre accidentes de trabajo o responsabilidad patrimonial, pero necesariamente ahí se perciben como problemas idiosincráticos, y no como elementos de peso en el conjunto del Derecho de daños e, incluso, delimitadores de lo que es su alcance general. En la misma línea, la construcción de la teoría general de la responsabilidad por hecho ajeno se hace exclusivamente sobre la base del art. 1903 CC, relegando el ámbito más relevante, social y conceptualmente, que es el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por los hechos cometidos por sus agentes¹⁰. En otros casos, no obstante, el tratamiento de la doctrina jurisprudencial civil, contencioso-administrativa y social se presenta esencialmente unificado, como en el caso de la fuerza mayor, permitiendo construir sobre esta base criterios bien perfilados de aplicación de la noción, válidos para el entero campo del Derecho de daños.

1.4 Reglas de responsabilidad y otros instrumentos para proteger derechos y reparar daños

Pocos dudan que las reglas de responsabilidad son el instrumento más característico y el más común dentro del arsenal con que cuenta el Derecho de daños para conseguir sus objetivos. Pero no se puede entender cabalmente el Derecho de daños como si fuera la mera definición de presupuestos de aplicación y consecuencias jurídicas de reglas de responsabilidad. El Derecho de daños dispone de otros mecanismos para enfrentarse a los problemas derivados de la causación de daños en la vida social, y en el sistema jurídico existen también otros instrumentos de actuación que inciden de forma directa en estos problemas. En esto, como en tantas cosas, las posturas unilateralistas y aislacionistas no son las más recomendables.

En la mayoría de las sociedades desarrolladas el grueso de los daños no es reparado mediante indemnizaciones resultantes de la aplicación de reglas de responsabilidad. Hay mecanismos privados (el mercado de seguros) y públicos (seguridad social, esquemas de ayuda a víctimas de distinto tipo de infortunios) distintos del Derecho de daños que cargan con el peso más importante de la compensación a las víctimas. En cuanto a los incentivos a la adopción de medidas que reduzcan la probabilidad o magnitud de los daños accidentales, las alternativas son igualmente evidentes: la panoplia de instrumentos administrativos –regulación pública de seguridad, sanciones administrativas, incentivos y correctivos fiscales- y, acaso en menor medida, penales, desempeñan un papel fundamental a efectos preventivos.

¹⁰ Para una perspectiva exactamente opuesta (y más fecunda teórica y prácticamente) véase Pablo Salvador y otros, “Respondeat Superior I”, *InDret* 2/2002.

Además, en cuanto a la tutela de derechos o situaciones jurídicas subjetivas, en el Derecho de daños encontramos otras reglas además de las de responsabilidad: reglas de cesación de la actividad dañosa en curso, reglas de abstención de la actividad dañosa futura¹¹, reglas de expropiación de beneficios obtenidos mediante la actividad dañosa¹².

Algunas de las cuestiones relativas a o afectadas por la relación entre las indemnizaciones resultantes de reglas de responsabilidad y este amplio y heterogéneo conjunto de instrumentos alternativos o complementarios aparecen en forma más o menos explícita en distintos capítulos del *Tratado de Responsabilidad Civil* (seguro de responsabilidad civil, daños a los derechos de la personalidad, accidentes de trabajo). Pero el tratamiento es parcial y no unitario para estas diferentes manifestaciones problemáticas de la posición sistemática de la responsabilidad civil dentro de los instrumentos jurídicos de Derecho de daños y dentro de los instrumentos jurídicos que un sistema legal tiene a su disposición para afrontar los problemas de los accidentes y los daños. Es cierto que la teoría general de la responsabilidad en el marco de los instrumentos jurídicos está en cierta medida aún en proceso de elaboración (o, cuanto menos, de afinamiento). Pero sabemos ya lo suficiente sobre la materia¹³ como para presentar un buen número de resultados, compartibles ampliamente, en cuanto a las potencialidades, límites, ventajas y desventajas comparativas, incompatibilidades y complementariedades de las reglas de responsabilidad en el conjunto de los instrumentos jurídicos.

2. La estructura y contenidos esenciales del Tratado de Responsabilidad Civil

Perfectamente en línea con los mejores tratados alemanes de *Deliktsrecht*¹⁴ o norteamericanos sobre el *Law of Torts*, el Tratado contiene, con carácter separado, una parte general dedicada a

¹¹ Por ejemplo, art. 9 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad y familiar y propia imagen; art. 139 de la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; art. 63 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; art. 41 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. En otro contexto, arts. 1 y siguientes de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad. La cesación y la abstención, junto con las sanciones penales y administrativas, son las consecuencias jurídicas propias de las llamadas en el análisis económico del Derecho “reglas de propiedad”: Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, 85 *Harvard Law Review* (1972), p. 1089 (hay traducción española de Pedro del Olmo en *ADC* (1997), p. 187 y ss.). Esta distinción básica entre reglas de propiedad y de responsabilidad ha dado origen a una cuantiosísima literatura, dentro y fuera del análisis económico del Derecho.

¹² Por ejemplo, art. 9 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen; art. 66.1.b) de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; art. 43.2.b) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Sobre la relación entre la expropiación de beneficios y la indemnización del daño producido, desde el punto de vista económico, véase, Pablo Salvador y Fernando Gómez (editores), *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Cívitas (2002).

¹³ La mejor síntesis de la teoría sobre la estructura y función de los remedios jurídicos en Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press (2003).

¹⁴ Véanse, por ejemplo, Hein Kötz, *Deliktsrecht*, 7ª ed. Luchterhand (1996), W. Page Keeton (general editor), *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ª ed., West (1984).

examinar los presupuestos comunes a los distintos ámbitos de aplicación de las reglas de responsabilidad y una parte especial en la que se analizan las particularidades y reglas propias de ciertos sectores de daños definidos por la existencia de normativa legal específica de cada uno.

Dentro de la parte general se examinan algunos elementos generales de la responsabilidad civil (funciones, aspectos constitucionales, relación con la responsabilidad contractual y el papel – procesal, sobre todo- de los intereses colectivos en el Derecho de daños). Además, la dualidad responsabilidad por culpa-responsabilidad objetiva; el concepto, clases y modos de valoración de daños, en especial los corporales; la causalidad y la imputación objetiva, incluidos los factores de exoneración (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima) y minoración (conurrencia de culpas) de la responsabilidad; los sujetos activo y pasivo de la acción indemnizatoria, en particular en los casos de pluralidad, y la responsabilidad por hecho ajeno; la responsabilidad civil en el proceso penal; los (muy serios para la práctica) problemas de prescripción de la acción de daños; finalmente, el papel y régimen jurídico del seguro de responsabilidad civil.

En la parte especial se pueden hallar capítulos sobre los accidentes de tráfico; responsabilidad civil médica; responsabilidad de padres y centros docentes, honor intimidad y propia imagen; productos defectuosos; responsabilidad de administradores de sociedades; animales; actividades de riesgo (deportivas y taurinas en particular); accidentes de trabajo; responsabilidad patrimonial de las administraciones. Como se puede comprobar, un catálogo prácticamente completo de los sectores relevantes en Derecho español de daños, pues sólo los daños al medioambiente y los resultantes de la construcción y edificación hubieran acaso merecido su inclusión en esta exhaustiva parte especial.

La simple enumeración de temas de la parte general y de ámbitos de responsabilidad de la parte especial hace ver bien a las claras la imposibilidad de siquiera intentar en una reseña cubrir con un mínimo de profundidad la variedad y riqueza de contenidos de la obra. En las páginas que siguen me limitaré, pues, a resaltar algunos de los que constituyen mis principales acuerdos y desacuerdos con las opciones fundamentales de los autores a lo largo tanto de la parte general como de la parte especial.

2.1 La parte general: un ejercicio de positivismo

La parte general se podría caracterizar en su conjunto (con algunas excepciones que se harán aparentes a continuación) por un intento de ser fiel al máximo al material legal y jurisprudencial español en materia de Derecho de daños. Este propósito tiene ventajas indudables en términos de conexión fluida con la parte especial (donde se concentra la mayor parte de ese material normativo y judicial) y de inmediatez y comprensión de las aplicaciones concretas. Pero también presenta ciertas contraindicaciones, como ya se trató de dejar patente en el apartado 1.4 anterior. Con frecuencia resulta imposible extraer por procedimientos meramente inductivos una teoría general satisfactoria a partir de un material legal o jurisprudencial probablemente imperfecto, impreciso y, en buena medida incluso, incoherente. Además, si bien en ocasiones la construcción de una posición crítica frente al material legal o judicial existente es posible sobre la base de argumentos de carácter puramente sistemático (es decir, desde una perspectiva interna al sistema

en el que rigen las reglas legales o jurisprudenciales correspondientes), como ocurre en el *Tratado de Responsabilidad Civil* con las secciones relativas a la protección constitucional de la reparación de daños, o la duplicidad normativa de la responsabilidad civil derivada del delito, en otros ámbitos la perspectiva interna no es bastante. Así, no es factible, creo, delimitar desde dentro de un régimen positivo determinado (el español o cualquier otro) las funciones del Derecho de daños, porque en ello hay un elemento inexcusable de propuesta normativa, de definición de objetivos y de medios jurídicos para obtenerlos¹⁵. Hace falta, por ejemplo, partir de una base teórica, que ha de ser necesariamente externa a un determinado sistema jurídico, acerca de la reacción de los destinatarios de las normas a los incentivos que éstas crean para entender cabalmente la función preventiva (de incentivo de conducta) del Derecho de daños y de los demás instrumentos jurídicos relacionados con los accidentes y los daños.

Algo parecido ocurre con la noción de daño, que es (o al menos así me lo parece a mí) marcadamente prejurídica, y sólo con los (escasísimos) datos normativos y los (muy fragmentarios e incoherentes) materiales jurisprudenciales en la materia no es posible construir una teoría razonable y productiva del daño y sus modalidades básicas. La importación de nociones de otros sistemas jurídicos (básicamente italianas y francesas, pero el problema no es de pasaporte) tampoco permite solucionar la cuestión, pues esos sistemas están tan aquejados como nosotros de la misma falta de un fundamento sólido para el concepto de daño¹⁶.

Tampoco me parece posible explicar con una aproximación de corte positivista la relación entre responsabilidad contractual y extracontractual. Lo problemático de esta relación no es un simple producto de determinadas incoherencias o absurdos de la normativa legal española (en materia de plazos de prescripción, o de jurisdicción competente, por ejemplo), ni se resuelve sin más con la armonización de regímenes, ni siquiera con la construcción de criterios de delimitación razonablemente practicables. Comprender y explicar (lo que ya no es fácil de por sí) los elementos de distinción rastreables en la jurisprudencia española en la materia, es, no cabe duda, tarea inexcusable para entender la situación presente. Pero creo que no se puede escapar a la necesidad de reelaborar para el sistema jurídico español una verdadera teoría de la responsabilidad extracontractual independiente de la contractual, porque ambas se desenvuelven esencialmente en espacios diversos: el mundo del contrato es el de la satisfacción de las preferencias de los contratantes mediante el acuerdo de voluntades que mejora por definición—en el momento de celebrarse, no necesariamente en el del cumplimiento e incumplimiento— el bienestar conjunto de los contratantes; el mundo del Derecho de daños es sustancialmente el de las interacciones involuntarias que reducen el bienestar de alguno o de todos los sujetos involucrados. Desde luego, hay elementos comunes no desdeñables —aunque tal vez más en cuestiones aplicativas y de liquidación que no en las de diseño básico— y existen importantes sectores de la realidad social (accidentes de trabajo, productos, médicos) en los que se combinan elementos claros de voluntariedad en la relación junto con los de interacción negativa indeseada.

¹⁵ Sobre las funciones del Derecho de daños, véase en la doctrina española, Pablo Salvador y Teresa Castiñeira, *Prevenir y castigar*, Marcial Pons (1997).

¹⁶ Para la distinción teórica básica entre daño patrimonial y no patrimonial, véase Fernando Gómez, "Daño moral", *InDret* 1/1999.

Esto hará necesario contar con ciertos criterios de delimitación fuera de los que el propio régimen legal directamente suministra (por ejemplo, en materia de productos defectuosos ya hay un reparto claro de esferas de aplicación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual) y, acaso, de cierta combinación de regímenes, pero no permite obviar, creo, la idea central: la cuestión es esencialmente de naturaleza teórica y, además, de enorme alcance, y no meramente de superación interpretativa de discrepancias de regímenes positivos.

Algo parecido ocurre con la dualidad responsabilidad por culpa-responsabilidad objetiva. Aunque sea evidente la base de derecho positivo que en España (al igual que en los restantes sistemas jurídicos) tiene esta distinción, está claro que la cuestión no se agota sin más en la descripción de los ámbitos respectivos de aplicación de las dos reglas y en las diferencias en los presupuestos de la responsabilidad en una y otra. Hace falta alguna teoría explicativa del porqué de la distinción, percibida generalmente como fundamental por casi todos (tal vez con un punto de exageración en cuanto a su importancia, porque sus elementos en común quedan así demasiado oscurecidos). Tal explicación se suele tratar de encontrar entre nosotros –también por el Tribunal Supremo– esencialmente en la idea del riesgo de empresa y en el necesario, y exigido en términos de justicia conmutativa, equilibrio entre beneficios y responsabilidades en las actividades empresariales. Tengo serias dudas de que esta vía sea la más productiva para apreciar las verdaderas relaciones entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva, si bien puede tener valor descriptivo de una actitud –más bien equivocada, en mi criterio– compartida por Tribunales de distintos países europeos, incluido el nuestro, durante la mayor parte del siglo precedente. Creo que hay factores, como los referidos a las diferentes variables que pueden integrarse en el estándar de diligencia exigible, como la peligrosidad de una actividad entendida como el mayor o menor daño esperado actuando con la precaución debida, como el papel activo o pasivo de las potenciales víctimas, que son más operativos que el poder económico o de mercado para dar significado a la dualidad culpa-responsabilidad objetiva, así como para ajustar de forma adecuada las reglas de responsabilidad que vayan a regir en un cierto sector de siniestralidad a la promoción del bienestar social.

2.2 La parte especial: dar sentido a un mar de casos

La tarea afrontada por los autores del *Tratado de Responsabilidad Civil* es, sin exageración, formidable. Dar cuenta, organizar y dar sentido a un material legal y, sobre todo, jurisprudencial, literalmente ingente constituye un ejercicio de análisis jurídico extraordinariamente costoso y difícil. El resultado es, sin duda, globalmente positivo.

En los accidentes de tráfico, primer sector de siniestralidad grave en España, se analizan minuciosa y detenidamente las reglas legales de responsabilidad de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el papel crucial del seguro obligatorio de responsabilidad civil y su ámbito de cobertura, los particulares aspectos procesales de la reclamación de daños por accidentes de tráfico y, por último, lógicamente, la valoración de daños y la particularidad, única en el mundo, del baremo vinculante para los Tribunales en la determinación de las indemnizaciones por daños, cuestión ésta que ya había sido examinada en

la parte general al tratar de la relevancia constitucional del Derecho de daños y de la STC 181/2000, de 29 de junio¹⁷.

En el ámbito de responsabilidad médica, uno de los que con más frecuencia y dramatismo se suscitan ante los Tribunales españoles, el análisis de los casos se organiza en torno a una cierta distinción entre responsabilidad individual del médico (regida por reglas de culpa, tanto si se aplican las reglas del Código civil como las de la responsabilidad civil derivada de delito del Código penal) y responsabilidad de la organización que presta los servicios médicos, que sería, al menos en teoría, objetiva, tanto en el ámbito de la provisión pública (responsabilidad patrimonial de los servicios públicos de salud) como privada (responsabilidad por servicio defectuoso *ex art. 28* de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Cuestiones claramente problemáticas entre nosotros, como la competencia de jurisdicción, la aplicación de normas contractuales y/o extracontractuales y la responsabilidad de las aseguradoras de asistencia sanitaria aparecen convenientemente examinadas.

En el ámbito de la responsabilidad de los padres y centros docentes, se examina con detenimiento la confluencia del régimen del Código civil con el de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores y, en menor medida (arts. 118 y 120) del Código penal. Esto obliga a una tarea de desbroce de supuestos de hecho y de esferas de aplicación de las distintas normas que resulta, en conjunto, convincente. Y la organización de los variados grupos de casos en la responsabilidad de los centros docentes resulta clara e ilustrativa. Tal vez la posición de partida en el análisis (la responsabilidad de los padres y de los centros docentes, al menos de los privados, es, en todo caso e invariablemente, una responsabilidad por culpa propia, si bien presunta) resulta demasiado general y nítida. Es plenamente compartible en el caso de los centros docentes (y no sólo de los privados: carece de sentido tratar de forma distinta los casos en función de la entidad titular del centro, y así lo entiende la jurisprudencia de la Sala 1ª, en la que no hay diferencia en el trato a unos y otros centros), y además plenamente concorde con la actitud real de los Tribunales en relación con esa responsabilidad. Pero en el caso de los padres, no parece poder explicar el porqué de la dureza con la que los Tribunales exigen la prueba liberatoria, es decir, la objetivación que se ha producido de hecho en la jurisprudencia española en relación con la responsabilidad de los padres. Y por ello no se exploran algunas posibilidades de justificación: la responsabilidad vicaria, o la dificultad (imposibilidad casi) de definir estándares de diligencia en una relación tan integral como la que hay entre padres e hijos menores. Igualmente, la definición de modelos de conducta exigible a los menores, claramente perceptible en los Tribunales españoles (en línea con los de otros países), sobre todo a efectos de su papel como potenciales víctimas de daños, queda también en un segundo o tercer plano, a pesar de su trascendencia conceptual y práctica.

En materia de honor, intimidad y propia imagen, las dificultades para poner orden y sentido en un material jurisprudencial muy nutrido, heterogéneo y en el que los detalles del caso resultan

¹⁷ En este ámbito hubiera resultado útil presentar más formalmente la cuestión de las desventajas de la variabilidad indemnizatoria y sus alternativas de corrección, máxime cuando en la literatura española ya hay valiosas aportaciones al respecto: Jesús Pintos, *Baremos, seguros y derecho de daños*, Cívitas (2000)

frecuentemente decisivos a la postre, son máximas. El panorama que justamente se describe en cuanto a la delimitación de los supuestos de responsabilidad, no es muy alentador ni desde la perspectiva de la seguridad jurídica ni desde la de la relación institucional entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Tampoco parece más despejado el panorama en nuestros Tribunales en cuanto a la comprensión de la función de los distintos remedios frente a la intromisión ilegítima en el honor, intimidad e imagen. Aunque tal vez, ante la falta de una teoría aceptada entre nosotros sobre los instrumentos del Derecho de daños, la carencia no sea del todo achacable a la judicatura.

En materia de productos defectuosos encontramos un completo análisis positivo de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos, y de los arts. 25 y siguientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de su relación recíproca, todo ello ampliamente ilustrado por los ya numerosos casos de la jurisprudencia española en la materia. Tal vez aquí también hubiera resultado útil acudir con más intensidad (y esto aparece de forma aún más clara en lo relativo a la responsabilidad de los administradores de sociedades) a las enseñanzas que se pueden extraer del sistema de responsabilidad de producto (y probablemente también, el Derecho de daños en su conjunto) más elaborado que hay en el mundo en estos momentos, que es el norteamericano¹⁸.

El control de la conducta de los administradores y otros directivos de sociedades constituye uno de los problemas fundamentales del gobierno corporativo y, hoy, incluso una de las preocupaciones más inmediatas de la economía de mercado globalizada. Por ello, la responsabilidad de los administradores de sociedades es un tema crucial no sólo para el Derecho de daños, sino para el Derecho de sociedades y, probablemente, para la incidencia general de las normas jurídicas sobre los comportamientos empresariales. Son bien conocidos, y han sido justamente puestos de relieve por la doctrina española, sobre todo la mercantilista, los problemas del régimen positivo de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de responsabilidad de administradores: tanto los de la acción social de responsabilidad, como los de la acción individual de socios y terceros, incluidos acreedores, como (y éstos han sido los más acusados desde el punto de vista práctico) los de la responsabilidad por las deudas sociales *ex art. 262* de la Ley de Sociedades Anónimas. Pero estos serios problemas de la regulación española no se dan en el vacío. Surgen en un entorno de por sí extraordinariamente problemático, que lleva años atrayendo la atención de juristas, economistas, expertos en gobierno corporativo. Los problemas de separación entre propiedad y control, los problemas de incentivos y de riesgo en la conducta de los directivos son imprescindibles para entender, por ejemplo, la *business judgement rule*, o el aparentemente paradójico fenómeno de contratación de seguros de responsabilidad civil de los directivos a cargo de la propia sociedad. Y a su vez, sin ello no es posible entender la acción social de responsabilidad. O en cuanto a la acción individual, los problemas de información a los mercados y a los inversores, y los de acción colectiva y su solución mediante acciones colectivas o de clase, condicionan decisivamente su adecuada comprensión. En todo esto, para bien y para

¹⁸ Referencia básica es James Henderson y Aaron Twerski, *Products Liability: Problems and Proceses*, 2ª ed., Little Brown (1992).

mal, la fuente de información y de inspiración obligada es el derecho norteamericano, el más desarrollado teórica y prácticamente en esta materia¹⁹.

Tras dos capítulos más breves, pero igualmente informativos, sobre responsabilidad de animales y de actividades lúdicas de riesgo, el *Tratado de Responsabilidad Civil* se cierra con extensos capítulos referidos a dos de los sectores más relevantes (y también más reacios al tratamiento unitario, como ya se tuvo ocasión de mencionar) del Derecho de daños: los accidentes de trabajo y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Encontramos aquí los problemas más acuciantes y actuales que están aquejando en los últimos años a los tribunales españoles en ambos sectores. Los conflictos de competencia jurisdiccional entre órganos judiciales laborales y civiles, la compatibilidad de acciones y, aún de forma más grave, la de prestaciones recibidas en sede de seguridad social con las indemnizaciones resultantes de la responsabilidad por el accidente, la dudosa naturaleza del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene a cargo del empresario, el *non bis in ídem* con las sanciones de la autoridad laboral, en el primer caso. La jurisdicción competente en función de los potenciales responsables implicados (particular, concesionario, otra administración pública), el seguro de responsabilidad civil en cuanto a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, el papel de la culpa (sobre todo en relación con la omisión) y de la imputación objetiva de daños, en el segundo.

Este obligadamente breve repaso al alcance y a la cobertura material de la parte especial del *Tratado de Responsabilidad Civil* no hace sino confirmar la trascendencia de la obra como síntesis de los contenidos y conocimientos sobre el sistema del Derecho de daños en España. Sin lugar a dudas, por su carácter completo, por su ambición y por sus resultados, el *Tratado de Responsabilidad Civil* coordinado por el Prof. Reglero es una obra de lectura (y consulta) imprescindible, no sólo para todos los operadores jurídicos que han de actuar en un sector u otro, en una función u otra, en el complejo panorama del Derecho de daños en España, sino también para todos aquellos que deseen obtener confirmación de mi afirmación inicial en este comentario: el Derecho de daños goza de buena salud entre nosotros, y a obras como ésta debemos agradecerse.

¹⁹ Referencia inexcusable, entre otras muchas, es Frank Easterbrook y Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press (1991) (hay traducción española, Fundación General del Notariado (2002)).